

# **UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II**



**FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
CORSO DI DOTTORATO  
IN  
DIRITTO DELLE PERSONE, DELLE IMPRESE E  
DEI MERCATI**

**ASPETTI CIVILISTICI  
DELLA PROFESSIONE SANITARIA**

Relatore:  
Ch.mo Prof.ssa  
Consiglia Botta

Dottoranda:  
Maria Carmen  
Quaranta

Coordinatore:  
Ch.mo Prof. Enrico Quadri

CICLO XXX

## *Premessa*

*L'elaborato intende affrontare, in maniera trasversale, il complesso e mai sopito dibattito sulla responsabilità civile del medico soprattutto alla luce dei recenti sviluppi normativi in materia.*

*Il primo capitolo opera una ricognizione dell'evoluzione del rapporto medico paziente al fine di ricercare e ricostruire le cause della purtroppo nota devianza, in materia sanitaria, che risponde al nome di medicina difensiva.*

*Nel settore sanitario, infatti, appare ancor più chiaro il rapporto diritto- società e la nota teoria della "pluralità degli ordinamenti" sembra, trovare un forte riscontro.*

*In questa delicata materia, infatti, l'evoluzione normativa riflette fortemente l'evoluzione sociale.*

*Si passa dal "paternalismo medico" alla medicina difensiva e, solo di recente, si tenta con difficoltà di ricostruire l'ormai compromessa "alleanza terapeutica".*

*Pertanto, nella prima parte dell'elaborato si è inteso affrontare questa evoluzione, prima sociale e poi normativa, al fine di comprenderne cause, ragioni e soprattutto limiti. Imprescindibile inoltre, il ruolo del consenso informato che si è inteso trattare nei suoi caratteri ontologici, ma soprattutto nei suoi limiti, con veloci escursioni anche nel settore penale ed alla luce del recentissimo intervento normativo sul biotestamento.*

*La seconda parte dell'elaborato, invece, ha voluto affrontare il problema della natura della responsabilità civile del medico. Si è principiato dall'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in materia,*

*analizzando le varie tesi che si sono avvicendate sulla ricostruzione della responsabilità sanitaria e le relative critiche, senza tralasciare anche alcuni casi problematici attenzionati dalla Suprema Corte.*

*Il capitolo conclusivo invece, è stato sviluppato principalmente soffermandosi sulle novità, in punto di responsabilità civile, introdotte dalla legge 8 marzo 2017 n. 24 recante "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie" (c.d. legge Gelli), entrata in vigore a quattro anni dall'approvazione del decreto Balduzzi con l'intento di superare le criticità emerse nella concreta applicazione giurisprudenziale dello stesso decreto, puntualmente sottolineate da attenta Dottrina.*

*A tal fine, la legge Gelli, con spirito innovativo, ha scelto di articolare la responsabilità in ambito sanitario secondo un c.d. "doppio binario": responsabilità contrattuale a carico delle strutture sanitarie pubbliche e private, extracontrattuale per gli esercenti la professione sanitaria che operano in una struttura sanitaria, salvo che non abbia stipulato un vero e proprio contratto con il paziente.*

*L'obiettivo di tale capitolo è stato, dunque, quello di analizzare l'impatto della nuova disciplina sull'ordinamento civile, approfondendo gli aspetti critici posti e fornendo proficui spunti di riflessione sulla materia.*

*In via preliminare, si è inteso segnalare anche un dubbio di legittimità costituzionale del nuovo sistema di responsabilità civile, ritenuto da taluni in potenziale contrasto con l'art. 3 Cost. Da una parte, infatti, la legge conferma la responsabilità ex 1218 cc per la struttura ospedaliera, in quanto soggetto economicamente più solido e dunque in grado di assicurare un risarcimento più celere al paziente danneggiato; dall'altra, medesimo regime giuridico è applicato anche al medico specialista privato, e più in generale in ogni caso in cui sia stato stipulato un formale contratto tra*

*professionista e paziente. Desta più di una perplessità, in considerazione del diverso, più gravoso per il paziente, regime normativo in punto di prova e prescrizione, la scelta di configurare come extracontrattuale la responsabilità dei soli professionisti operanti nell'ambito delle strutture sanitarie pubbliche e private.*

*Inoltre, con particolare riferimento alle strutture ospedaliere, chiamate a rispondere delle condotte dolose o colpose dei sanitari ai sensi degli artt. 1218 e 1228, il presente lavoro ha inteso mettere in evidenza una peculiarità della nuova disciplina ovvero che l'istituto ospedaliero è considerato responsabile per fatto degli ausiliari anche quando i sanitari si limitano a svolgere la propria prestazione all'interno della struttura ma non dipendono dalla stessa, ovvero quando questi operano in un regime di libera professione, intramuraria o nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica.*

*La novella legislativa delinea, quindi, un modello di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, la quale risponde sia nei casi in cui l'inadempimento riguardi obbligazioni proprie dell'ente, sia in quelli casi in cui l'inadempimento dipende da un fatto del personale medico e paramedico che svolge la propria prestazione all'interno della struttura.*

*Ciò posto, appare necessario segnalare che il sistema "binario" di responsabilità introdotto dalla recente normativa rischia, per come è stato costruito, di non realizzare gli effetti sperati sotto il profilo dell'overdeterrence, della sostenibilità del sistema dal punto di vista assicurativo e della riduzione del contenzioso da medical malpractice.*

*Infatti, l'aver reso indistintamente responsabile ex 1218 la struttura ospedaliera, per fatto degli ausiliari e non solo, potrebbe sì ridurre il contenzioso nei confronti dei professionisti sanitari, ma rischia di moltiplicarlo per le strutture sanitarie stesse, che si prestano così a divenire le nuove protagoniste di questo peculiare settore della*

*responsabilità civile. A conferma, d'altronde, del trattamento più complesso riservato alla struttura ospedaliera, vi è la scelta di condizionare l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria alla presenza del dolo o della colpa grave del sanitario stesso.*

*Ricostruita in termini extracontrattuali la responsabilità dei professionisti, l'indagine si è necessariamente soffermata sul profilo dell'onere probatorio gravante sul paziente. Infatti, come evidenziato da autorevole Dottrina, non è da escludere, diversamente da quanto vale in tema di responsabilità aquiliana, che si possa giungere, in ossequio al principio di vicinanza della prova, a delineare un assetto probatorio diverso da quello che vorrebbe sempre e comunque il paziente gravato della prova della responsabilità del medico.*

*Per tale ragione, si è voluto approfondire il tema dell'onere della prova nella responsabilità sanitaria, ancorchè qualificata espressamente come extracontrattuale. Tale riflessione si è concentrata non solo sulla distribuzione dell'onere probatorio tra professionista-struttura e paziente, ma anche sul contenuto delle rispettive obbligazioni dando atto della evoluzione giurisprudenziale in materia di onere probatorio nei giudizi in materia di responsabilità medica e dell'assenza di una precisa presa di posizione sulla prova liberatoria dell'ente e del sanitario. L'indagine è proseguita affrontando anche le novità rimarchevoli della L.Gelli-Bianco.*

*In particolare principiando dall'art. 3 della L. n. 189/2012 che, come risaputo, ha previsto che, anche nel caso di insussistenza di responsabilità penale, "resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. del codice civile" e, a tal fine, ha richiamato le linee guida come parametro della determinazione del risarcimento del danno evidenziando la continuità con l'art. 3 della legge Balduzzi. Si è inoltre inteso affrontare il rilievo delle linee guida sotto il profilo risarcitorio e delle conseguenze che la loro osservanza potrebbe avere anche sul piano dell'onere e del contenuto della prova*

*verificando se il rispetto delle linee guida possa costituire prova dell'esatto adempimento dell'obbligazione del sanitario e, quindi, anche della struttura sanitaria che sia chiamata a rispondere dell'operato dei propri collaboratori.*

*Tale valutazione, peraltro, non poteva prescindere da un'analisi sul valore e la natura delle suddette linee guida, senza trascurare che anche dopo l'entrata in vigore della legge Balduzzi, che ha qualificato il rispetto delle linee guida come vera e propria esimente, dottrina e giurisprudenza hanno iniziato ad attribuire valore indiziario al rispetto delle linee guida, verificando di volta in volta se la loro osservanza sia idonea a risolvere il singolo caso prospettato.*

*Dato atto di ciò, il capitolo conclusivo ha inteso verificare se il tentativo della Legge Gelli di risolvere gli aspetti problematici ora illustrati, sia riuscito.*

*È possibile sicuramente sottolineare che, a ben vedere, la novella legislativa individua una soluzione di compromesso, qualificando le linee guida come regole di soft law ormai regolarmente codificate, grazie ad un complesso sistema di accreditamento senza però trascurare la specificità del caso concreto.*

# INDICE

## ***Premessa***

### **Capitolo I**

#### **La professione sanitaria, origini ed evoluzione del difficile rapporto medico-paziente. 8**

I-L'attività medica, esigenza primordiale: il ruolo della medicina delle origini, genesi ed evoluzione. 9

II. Evoluzione del rapporto medico paziente: l'alleanza terapeutica, origini storiche. 21

III. Il problematico epilogo: dall'alleanza terapeutica alla medicina difensiva. 29

IV. Il fondamento normativo, il diritto alla Salute. 38

V. La legittimazione dell'attività medica. 54

VI. Il cruciale ruolo del consenso informato: i requisiti indispensabili ed i "casi limite" alla luce della legge sul biotestamento. 59

VII. Violazione del Consenso informato: la responsabilità del medico per violazione dell'obbligo informativo e per intervento in assenza di consenso. 76

### **Capitolo II**

#### **La natura della responsabilità civile del medico: il mai sopito dibattito. 85**

I-La complessità del dibattito: le ragioni. 86

II. La responsabilità civile del medico: vecchi problemi, nuove tendenze; il ruolo dell'art. 2236 c.c. 91

III. La natura della responsabilità civile del medico. 100

IV- Le ricadute applicative della teoria del contatto sociale. 118

V-I danni risarcibili nell'attività sanitaria. 125

### **CAPITOLO II**

## **L'intervento normativo in materia di responsabilità civile del medico: La legge Balduzzi e la Legge Gelli-Bianco 132**

- I. Il primo intervento normativo: la Legge Balduzzi 133
- II. Il nuovo intervento normativo: la legge Gelli-Bianco. 141
- III. Il ruolo delle linee guida. 146
- IV. Il rilievo processuale delle linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali 156
- V. La quantificazione del danno. 160
- IV. Il sistema binario: la responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria. 167
- VII. Tentativo obbligatorio di conciliazione 173
- VIII. La riduzione delle occasioni di danno, il risk management. 181
- IV. La legge Gelli-Bianco dal punto di vista assicurativo. 185
- X. L'obbligo assicurativo: art. 10 legge 24/2017 190

## ***Conclusioni***

## ***Bibliografia***



## **Capitolo I**

**La professione sanitaria, origini ed evoluzione del difficile rapporto medico-paziente.**

## **I-L'attività medica, esigenza primordiale: il ruolo della medicina delle origini, genesi ed evoluzione.**

La necessità di “ curare” l’individuo può essere pacificamente definita come una esigenza ancestrale della persona umana.

In origine, come sottolineato dagli storici, era una esigenza prevalentemente autoreferenziale dell’uomo primitivo. L’attività del curarsi, infatti, era volta a riparare le proprie ferite all’esclusivo fine di sopravvivere; il soggetto ferito o malato, solitamente, ricercava il rimedio allontanandosi dal gruppo ma molto spesso era proprio il gruppo, la tribù, ad abbandonare il membro in difficoltà, per questo l’esigenza di curarsi era legata indissolubilmente a quella di sopravvivere.

Successivamente, con la nascita dei primi insediamenti stabili e la fine, per alcune tribù primitive, del nomadismo, si assistette, secondo le ricostruzioni storiche, alla nascita di una nuova sensibilità, propria soprattutto di alcuni membri del gruppo, verso i soggetti deboli, malati od anziani. Emerse la differenziazione dei ruoli, all’interno del gruppo, a seconda delle attitudini e capacità dei singoli individui, mentre alcuni erano destinati al procacciamento del cibo, altri alle prime colture, ad alcuni soggetti-spesso le donne e gli anziani-venne attribuita la funzione di “medicare”. Questo esercizio primordiale, di attività finalizzate alla sanificazione del corpo attinto da malattia o da lesione, si ritrova in tutte le civiltà antiche; spesso, negli insediamenti umani primigeni, si nota una commistione, una confusione, o comunque sempre almeno una vicinanza, fra le attività medicali e quelle religiose.

In effetti nella Antica Grecia, in Egitto, in Mesopotamia, nella popolazione ebraica soprattutto, si sviluppa una medicina sapienziale, esorcistica, esercitata spesso da sacerdoti-curatori, in

cui la terapia è la penitenza ed in cui l'eziologia della malattia è divina.

Accanto a questa medicina sapienziale, si sviluppò però anche una medicina artigianale, di artigiani della guarigione, di creatori di farmaci, di operatori manuali.

Dunque, ai primordi, l'attività medica si sviluppa in maniera congiunta con quella spirituale, come tuttora testimoniato da alcune tribù, ad esempio dell'Africa o del Sudamerica in cui la figura del medico-guaritore è sempre fortemente legata a quella del capo spirituale<sup>1</sup>.

I primi riferimenti antichi sulla medicina, che testimoniano il ruolo del medico all'interno della società, risalgono alla medicina egizia

---

1 GIORGIO COSMACINI, *L'arte lunga, storia della medicina dall'antichità a oggi*, Editori Laterza 2006. A riprova di quanto evidenziato, è il diffuso fenomeno dello "sciamanesimo". Lo sciamanesimo è la pratica spirituale più antica conosciuta dall'uomo. Nella forma tradizionale è un sistema di credenze e comportamenti presente all'interno di diversi tipi di culture. Lo sciamanesimo è diffuso in tutti i continenti, dall'America del Nord e del Sud, all'Africa con le sue forme animistiche, all'Australia con il Tempo del Sogno, fino alle forme spirituali delle isole polinesiane e in su nell'Asia. La parola sciamanesimo infatti deriva da 'saman' utilizzata nella cultura tunguso siberiana e sta ad indicare colui che conosce. In Europa le pratiche tradizionali sono rimaste solo tra i Sami (Lapponia), ma lo sciamanesimo sta rivivendo una sua diffusione anche nella cultura occidentale, attraverso pratiche, che senza fare riferimento ad una specifica tradizione, possono essere antropologicamente considerate sciamaniche. Lo sciamano viene generalmente considerato come un guaritore e un mediatore tra il mondo conosciuto o realtà ordinaria e il mondo spirituale. Viene considerato esperto nel comunicare con gli spiriti aiutanti attraverso il cambiamento del suo stato di coscienza quotidiano, entrando quindi in uno stato di coscienza alterato per 'viaggiare' nella realtà dei mondi spirituali, e riportare potere, saggezza e guarigione per il suo cliente. Le pratiche sciamaniche di guarigione e di conoscenza sono caratterizzate da tratti comuni presenti in tutte le parti del mondo, è quindi un sistema flessibile, che si è adattato nel corso del tempo, infatti le prime pratiche sciamaniche documentate dai pittogrammi nelle caverne risalgono ad almeno 30.000 anni fa. Lo sciamanesimo ha lo scopo di riportare armonia ed equilibrio tra il mondo visibile, quello della realtà comunemente percepita, ed i mondi spirituali invisibili. Ogni problema sperimentato nella vita della comunità o dell'individuo è causato da una disarmonia nel mondo invisibile. Lo sciamano con le sue pratiche di 'pulizia' delle intrusioni, di recupero di determinati poteri o addirittura di parti di anima è in grado di riportare equilibrio e pace nelle persone. Solo attraverso il raggiungimento dell'equilibrio con il mondo naturale e soprannaturale è possibile vivere in armonia e prosperare. Diffusissimo in Africa, ma anche in Australia, Lapponia, Sudamerica testimonia il primitivo legame tra religione e emedicina.

della prima epoca monarchica (2700 a. C.)<sup>2</sup>. Presso la popolazione egizia vi era una concezione magica della infermità, esistevano svariate conoscenze e pratiche accompagnate sempre, però, da specifiche formule apotropaiche a conferma del viscerale legame tra attività medica e religiosa<sup>3</sup>.

Dunque, durante i tremila anni della storia dell'antico Egitto si sviluppò una grande, variata e fruttifera tradizione medica.

---

2 RICHARD-ALAIN JEAN, ANNE-MARIE LOYRETTE, *La mère, l'enfant et le lait en Égypte Ancienne. Traditions médico-religieuses. Une étude de sénologie égyptienne*, Série Antiquit, Université de Paris, Paris, 2010

3 Assai nota infatti è, la conoscenza medica di questo popolo, famoso tuttora per il difficile e complesso processo di mummificazione a cui erano sottoposti i sovrani defunti.

Gli egizi, infatti, erano profondi conoscitori del corpo umano, furono tra i primi a praticare "l'autopsia", a realizzare dei veri e propri interventi chirurgici, nonché a studiare le capacità curative di alcune piante. Giova precisare che i medici egizi visitavano il malato accuratamente ed una volta fatta la diagnosi prescrivevano spesso anche specifiche terapie contro il dolore, come ci dice il testo del "Papiro Edwin Smith". Molte medicine sono state identificate ed erano costituite per la maggior parte da vegetali quali sicomoro, ginepro, incenso, uva, alloro, e cocomero. Anche il salice, *tkheret* in egizio, secondo il "Papiro Ebers" era usato come analgesico mentre del loto veniva usato sia il fiore che la radice ed era somministrato come sonnifero. I frutti della palma servivano per curare le coliti, allora molto frequenti; con l'orzo, si faceva la birra che serviva come eccipiente, o diluente, e con il grano veniva fatta la diagnosi di gravidanza. Gli Egizi usavano anche elementi animali quali la carne per le ferite, il fegato e la bile per lenire il dolore agli occhi. Di quest'ultima è stata attestata l'efficacia anche di recente. Il latte, sia di mucca, sia di asina che di donna, era integrato come eccipiente e il principio attivo più usato era di sicuro il miele che per le sue tante proprietà serviva per le patologie respiratorie, ulcere e ustioni, come recita il "Papiro medico di Berlino". Tra i minerali, usati in medicina, troviamo il natron, chiamato *neteri* cioè il puro, il sale comune e la malachite che curava le infezioni agli occhi ed era usata sia come farmaco che come cosmetico nella profilassi. al "Papiro Ebers" apprendiamo che, come droga, si usava l'oppio, chiamato *shepen* e importato da Cipro, sia per il dolore che per il pianto dei bambini. In alcune raffigurazioni della tomba di Sennedjem, è stata riconosciuta la mandragola, in egizio *hermet*, usata come sonnifero e per le punture d'insetto. Esisteva anche la cannabis, *shenshenet*, che veniva somministrata, in particolare per via orale e per inalazione, ma anche per via rettale e vaginale, mentre l'elleboro era usato come vero e proprio anestetico, ma in maniera empirica e con dosaggi errati tanto che spesso il malato passava direttamente dalla narcosi alla morte.

Tra le terapie vi erano anche i massaggi, come rappresentato nella mastaba di Khnumhotep, che venivano usati per vene varicose e per lenire numerose patologie il cui sintomo principale era il dolore. Era conosciuta la tecnica delle inalazioni che erano composte da mirra, resine, datteri e altri ingredienti. Ma per i morsi velenosi dei serpenti, gli Egizi, non avevano altra cura se non quella di affidarsi alle dee Isidee Mertseger recitando le litanie magiche. L'antico popolo della Valle del Nilo ci ha lasciato più di mille ricette ma di sicuro qualcuna è solo molto fantasiosa come quella che, per combattere l'incanutimento consigliava l'uso di un topo bollito nell'olio. Olio di palma, ovviamente, perché l'ulivo arriverà molto più tardi,

[Erodoto](#) arrivò a chiamare gli egizi il popolo dei sanissimi, grazie all'importante sistema sanitario che possedevano, e all'esistenza di un medico per ogni infermità<sup>4</sup>. Non a caso, nella stessa [Odissea](#) di [Omero](#), si afferma che l'Egitto è un paese *“la cui terra fertile produce tantissimi farmaci”*, e dove *“ogni persona è un medico”*. Appare evidente, quindi, che gli egizi avessero sviluppato una attitudine a “curare” e fossero profondi conoscitori del corpo umano e, pertanto, il paziente era, come logico, in una posizione di assoluta sudditanza rispetto al medico-guaritore. Infatti la medicina egizia, come tutta la medicina delle origini, mantiene in larga misura, una concezione magica della infermità, frutto di una disobbedienza alla divinità<sup>5</sup>, ma comincia, allo stesso tempo, anche a

con la dinastia tolemaica. Nel tempio di Kôm Ombo, nell'Alto Egitto, vicino ad Assuan, sono raffigurati, sulla parte nord del recinto esterno, strumenti medici e chirurgici quali bendaggi, seghe, forbici, bisturi, forcipi e contenitori vari per medicamenti. Ma recentemente si è ipotizzato che fossero solo attrezzi rituali per cerimonie religiose. Accanto allo strumentario, vi sono alcune ricette mediche con tanto di componenti e dosi. Ma la chirurgia, non si sviluppò come la medicina, forse per scarse conoscenze fisiologiche e per carenza di guerre. A conferma di ciò, sia il "Papiro Ebers" che il "Papiro Smith", detto anche "Libro delle ferite", citano infatti dati clinici molto precisi.

4 Si ravvede nella cultura egizia, dunque, una prima forma di specializzazione della attività medica.

5 L'indissolubile legame medicina-religione è testimoniato anche dal fatto che varie divinità, vigilavano sull'esercizio della medicina: *Thot* dio della scienza; *Sejmet* dio della misericordia, e della salute; *Duau e Horus* dei della sanità degli occhi, *Tueret, Heget e Neith* protettori della gravida durante il parto. Thot (scritto anche Toth o Thoth) è la divinità egizia della luna, sapienza, scrittura, magia, misura del tempo, matematica e geometria. È rappresentato sotto forma di ibis, uccello che vola sulle rive del Nilo, o sotto forma (meno frequente) di babbuino. Thot (scritto anche Toth o Thoth) è la divinità egizia della luna, sapienza, scrittura, magia, misura del tempo, matematica e geometria. È rappresentato sotto forma di ibis, uccello che vola sulle rive del Nilo, o sotto forma (meno frequente) di babbuino.

Sejmet detta “La terribile”, fu il simbolo della forza e del potere nella mitologia greca. Era considerata la divinità della guerra, moglie del Dio Ra fu rappresentata come una donna con la testa di leone. Thot (scritto anche Toth o Thoth) è la divinità egizia della luna, sapienza, scrittura, magia, misura del tempo, matematica e geometria. È rappresentato sotto forma di ibis, uccello che vola sulle rive del Nilo, o sotto forma (meno frequente) di babbuino. Sejmet detta “La terribile”, fu il simbolo della forza e del potere nella mitologia greca. Era considerata la divinità della guerra, moglie del Dio Ra fu rappresentata come una donna con la testa di leone.

Figlio di Osiride e Iside, era un dio potente dell'antico Egitto, conosciuto sin dai tempi predinastici. Egli era una divinità celeste che aveva la sua personificazione terrena in una forma di falco. Ha suscitato grande devozione ed i suoi seguaci hanno costruito templi in suo onore in tutto l'Egitto, espandendo il suo culto per il Mediterraneo.

sviluppare un interesse pratico per l'anatomia, la salute pubblica e la [diagnosi](#), che garantisce un avanzamento importante nel modo di comprendere la genesi delle malattie.

La società egizia, inoltre, differenziava i medici in base alla attività svolta. Una conferma in tal senso è fornita dal “papiro Ebers”<sup>6</sup> che descrive tre tipi di medici presenti nella società egizia: i sacerdoti di Sejmet, mediatori con le divinità e conoscitori di un ampio assortimento di droghe, tra questi *Sabni*, che godeva del titolo di "medico capo e scriba della parola del dio"; i medici civili, (*sun-nu*), capaci di effettuare guarigioni con la magia ed infine “gli aiutanti”, denominati *ut* che non erano considerati terapeuti, ma assistevano la casta medica, anticipando la corporazione degli infermieri.

Il ruolo centrale della medicina nell'antico Egitto, è comprovata dalla previsione, a partire dalla [I dinastia](#) fino alla [XIX dinastia](#), di una assicurazione medica per proteggere il terapeuta, una [pensione](#) destinata a sanitari ma soprattutto alla previsione di una licenza per lo svolgimento di tale attività. Dunque, già nell'antico Egitto emergevano gli aspetti civilistici della professione sanitaria a testimonianza che, l'attività medica è profondamente legata con il sistema civilistico ed in particolare con l'assicurazione e il risarcimento del danno.

Più o meno contemporanea a quella egizia, ma a tratti profondamente diversa, è la medicina mesopotamica, la cui principale testimonianza scritta è rappresentata dal Codice di

---

Tueret, Tauret o (in greco) Thoueris è una divinità egizia raffigurata con le fattezze di una femmina d'ippopotamo gravida. Il nome è traslitterato anche come Taweret, Taurt, Tuat, Taouris, Tuart, Ta-weret, Tawaret, Twert, Taueret e Thueris.

<sup>6</sup> Si tratta di uno dei più importanti e dei più grandi documenti scritti dell'antico Egitto, misura più di 20 metri di lunghezza e trenta centimetri di larghezza e contiene 877 commi che descrivono numerose malattie in vari campi della medicina come l'oftalmologia, la ginecologia, la gastroenterologia, e le loro corrispondenti prescrizioni. Peraltro, questo papiro include la prima relazione scritta sui tumori.

Hammurabi<sup>7</sup>. Esso riportava, in tredici articoli, le responsabilità del medico nell'esercizio della sua professione, come pure i castighi previsti; va sottolineato che il chirurgo era considerato come un artigiano che con la sua perizia doveva ripristinare la situazione del soggetto leso mediante un intervento, appunto di chirurgia; con la conseguenza che il mancato raggiungimento dell'obiettivo produceva una pena: il taglio delle mani, se il paziente era un uomo libero, una

---

7 Il Codice di Hammurabi è una fra le più antiche raccolte di leggi scritte che ci sia pervenuta. Fu scoperto dall'archeologo francese Jacques de Morgan nell'inverno 1901-1902 fra le rovine della città di Susa. Si conoscono altre raccolte di leggi promulgate da re sumerici e accadici, ma non sono così ampie ed organiche. Venne stilato durante il regno del re babilonese Hammurabi (o Hammu-Rapi), che regnò dal 1792 al 1750 a.C., secondo la cronologia media. Le disposizioni di legge contenute nel Codice sono precedute da un prologo nel quale il sovrano si presenta come rispettoso della divinità, distruttore degli empi e portatore di pace e di giustizia. Ma la novità del codice di Hammurabi non è tanto legislativa (se esistevano altre liste simili a questa, non sono pervenute); la sua importanza nella storia è sulla politica. Questa raccolta di 282 leggi del re Hammurabi di Babilonia fu scolpita in caratteri cuneiformi su di una stele raffigurante alla sommità il re in piedi, in atteggiamento di venerazione di fronte a Šamaš, dio solare della giustizia, maestosamente seduto sul trono. Il dio porge ad Hammurabi il codice delle leggi, che dunque sono considerate di origine sacra. La stele è di basalto nero, alta circa 225 cm; venne rinvenuta nella città di Susa (oggi Shush, capitale amministrativa della provincia di Shush, nella regione iraniana di Khūzestān). Si ritiene che fosse originariamente esposta nella capitale, e che sia stata trasportata nel luogo del ritrovamento come bottino di guerra dall'esercito elamita. Dato che nella stessa Susa fu trovato un esemplare analogo, molto probabilmente si trattava di un'opera eseguita in serie, di cui esistevano numerose copie. L'assiriologo Jean-Vincent Scheil, che faceva parte della missione archeologica durante la quale fu scoperto il Codice di Hammurabi, in meno di un anno riuscì a decifrarlo e nel 1904 ne pubblicò la traduzione. Attualmente si trova a Parigi, nel Museo del Louvre. Una copia si trova al Pergamonmuseum a Berlino.

Il *corpus* legale è suddiviso in capitoli che riguardano varie categorie sociali e di reati, e abbraccia in pratica tutte le possibili situazioni dell'umano convivere del tempo, dai rapporti familiari a quelli commerciali ed economici, dall'edilizia alle regole per l'amministrazione della repubblica e della giustizia. Le leggi sono notevolmente dettagliate, e questo ha fornito un aiuto prezioso agli archeologi, consentendo loro di ricostruire importanti aspetti pratici della società mesopotamica. L'importanza del codice di Hammurabi risiede certo nel fatto che si tratta di una delle prime raccolte organiche di leggi a noi pervenuta, ma soprattutto nel suo essere pubblico, o per meglio dire pubblicamente consultabile, esplicitando il concetto giuridico della conoscibilità e della presunzione di conoscenza della legge. Il cittadino babilonese aveva perciò la possibilità di verificare la propria condotta secondo le leggi del sovrano, e quindi di evitare determinati comportamenti, o di scegliere di attuarli a suo rischio e pericolo. Per la prima volta nella storia del diritto, i comportamenti sanzionabili e le eventuali pene vengono resi noti a tutto il popolo (o almeno a chi fosse in grado di leggere). Il codice fa un larghissimo uso della *Legge del taglione*. La pena per i vari reati è infatti spesso identica al torto o al danno provocato: occhio per occhio,

sanzione più lieve, se schiavo<sup>8</sup>. Va inoltre sottolineato che anche nella medicina della mesopotamia, primeggiava una concezione soprannaturale della malattia: si tratta di un castigo divino a seguito della rottura di un tabù.

Dunque, questa concezione religiosa e spirituale, della medicina viene superata solo in epoca greca, non a caso la medicina di Ippocrate è nota come “medicina razionale” che recide, il vincolo con l'esoterico segnando il limite tra razionalità e magia. Le prime scuole si svilupparono in Grecia e nella Magna Grecia(in Sicilia e in Calabria). Tra queste, fu importantissima la scuola pitagorica, quella di Talete, Eraclito ma è senza dubbio, quella di Ippocrate a distinguersi.

La base della medicina razionale è la negazione dell'intervento divino nelle malattie.

Il modello laico di medicina inaugurato da Ippocrate,infatti, rappresenta un punto di rottura rispetto alla pregressa tradizione arcana ed occultistica. Si giunge, quindi a concepire la malattia

---

dente per dente. Ad esempio la pena per l'omicidio è la morte: se la vittima però è il figlio di un altro uomo, all'omicida verrà ucciso il figlio; se la vittima è uno schiavo, l'omicida pagherà un'ammenda, commisurata al "prezzo" dello schiavo ucciso. Il codice suddivide la popolazione in tre classi: *awilum* (lett. "uomo"), cioè il cittadino a pieno titolo, spesso nobili; *muškēnum*, uomo "semilibero", cioè libero ma non possidente; in seguito la parola passò a definire un povero o mendicante;*wardum* (fem. *amat*), cioè lo schiavo, che poteva essere acquistato e venduto.Le varie classi hanno diritti e doveri diversi, e diverse pene che possono essere corporali o pecuniarie. Queste ultime sono commisurate alle possibilità economiche del reo, nonché allo status sociale della vittima. Non viene riconosciuto nel Codice il diritto di responsabilità personale, ossia la pena non è differente a seconda che il danno commesso sia volontario o colposo. Un esempio classico è l'architetto che progetta una casa; se essa crolla e uccide coloro che vi abitano, la colpa è di chi l'ha progettato, e la pena è come se egli avesse ucciso di persona le vittime.L'impostazione basata sulla legge del taglione modifica il pensiero giuridico dominante nel periodo precedente, attestato dal Codice di Ur-Nammu, che prevedeva per alcuni reati semplici sanzioni pecuniarie invece di quelle fisiche. È possibile che questo cambiamento sia da attribuire alla diversa composizione della popolazione sud mesopotamica del periodo: nel XXI secolo a.C., data a cui risale il codice di Ur-Namma, i sovrani erano ancora di origine sumerica e la popolazione accadica era solo una parte, sebbene importante, del totale; nel XVIII secolo a.C. gli Accadi, semiti, erano ormai la maggioranza e le stesse leggi vennero scritte in akkadico anziché in sumerico.

8 LAÍN ENTRALGO, *Historia de la medicina*, Masson,1978, pg. 9 ss.



quale autentico fenomeno naturale che determina uno squilibrio nelle funzioni del corpo, cui il medico tenta di porre rimedio adoperando le sue competenze tecniche; la scuola ippocratica evidenzia che il fenomeno colpisce l'ammalato non tanto perché si è reso colpevole di condotte deplorevoli, tali da insidiare i dogmi religiosi e suscitare l'ira delle divinità, quanto piuttosto per ragioni empiricamente giustificabili o, comunque, anche ove sconosciute, pur sempre radicate nel mondo dei viventi.

Del resto, Kos-sede della scuola ippocratica- era una terra dove l'aria, l'acqua ed i luoghi risultavano connotati da notevole salubrità, sicché l'antropologia e la *tèchne* ippocratiche possono considerarsi anche figlie del naturalismo ambientale, climatico e geomarino, che fa da sfondo alla vita del fondatore della antica scuola<sup>9</sup>.

In tale rinnovata ottica, si procede, quindi, ad una più puntuale definizione del rapporto intercorrente tra i protagonisti fondamentali della medicina, definito in termini di "triangolo ippocratico"<sup>10</sup>, e composto di tre fattori: la malattia, il malato ed il medico. Il medico si colloca al servizio dell'arte di cui risulta depositario, mentre il malato deve cooperare con il medico stesso per combattere la malattia<sup>11</sup>.

Al centro della concezione ippocratica si colloca non più la malattia, che si spiega in modo olistico quale conseguenza secondaria di processi naturali, bensì il corpo umano, concepito quale vaso nel

---

9 G. COSMACINI, *L'arte lunga: storia della medicina dall'antichità ad oggi*, Roma - Bari, 2003, 65, il quale osserva che, per quanto riguarda Talete, fu una specie di traghettatore del "principio acqueo" dalle antiche culture fluviali, mesopotamica ed egiziana, alla medicina ippocratica. Anassimandro, invece, fu una sorta di filosofo "vitalista", il cui *apeiron* è il corrispettivo del fango primordiale da cui è vista germinare spontaneamente la vita. Anassimene, infine, fu un filosofo "animista", il cui "principio aereo", in continua tensione tra il rarefarsi igneo ed il condensarsi nell'acqua e nella terra, è visto come il punto di equilibrio corrispondente al soffio vivificatore dell'anima universale.

10 D. GOUREVITCH, *Le triangole hippocratique dans le monde gréco - romain: le malade, sa maladie et son médecine*, Roma, 1984.

11 *Corpus Hippocraticum, Decorum*, XVI.

quale fluiscono una serie di principi umorali fondamentali, dalla cui distribuzione armonica dipende il complessivo stato di salute. Cosicché, nella cura degli squilibri patologici, diviene essenziale l'eliminazione della materia umorale in eccesso e si perviene all'elaborazione di tecniche, quali il capipurgio, il salasso, il sanguisugio, che manterranno inalterata la loro centralità anche nella tradizione medioevale. In tale prospettiva, la salute è *isonomia*, armonia dei principi, ed è rotta dalla *monarchia*, ossia dalla prevalenza di un solo principio sugli altri<sup>12</sup>. Tutte le malattie sono scientificamente giustificabili, anche la famosa malattia sacra, l'epilessia, fu infatti attribuita ad una disfunzione dell'organismo. La concezione di Ippocrate, come evidenziato, si rifaceva a quella di Talete ed in parte anche a quella di Alcmeone di Crotone, e sosteneva che l'uomo è un microcosmo ed il corpo è formato dai quattro elementi fondamentali, nell'ordine aria, fuoco, terra ed acqua<sup>13</sup>.

Secondo Ippocrate e la sua scuola, agli elementi del corpo umano corrispondevano, in base a delle qualità comuni, degli umori: all'aria, che è dappertutto, corrispondeva il sangue; al fuoco, caldo, corrispondeva la bile; alla terra, per il colore, corrispondeva un umore scuro in realtà inesistente, forse osservato nella pratica dell'auruspicina, durante il sacrificio degli animali. Il sangue della milza, venoso, molto scuro fu forse ritenuto essere un altro umore, diverso dal sangue, e fu chiamato bile nera, atrabile in latino e o *melaina kole'* in greco; infine, all'acqua corrispondeva il muco, o pituuta o flegma, comprendente tutte le secrezioni acquose del nostro

12 G. COSMACINI, *L'arte lunga*, cit., 65; in particolare, l'Autore rileva che, nell'ottica ippocratica, se monarchia e dispotismo sono fattori di sofferenza e morì, democrazia e libertà sono fattori di salute e benessere, sicché la medicina ippocratica si rivela figlia non solo del pensiero filosofico, ma anche dell'ordinamento democratico delle città della Ionia, luogo da molti concepito quale vera e propria culla della democrazia, ove non alberga la tirannide.

13 FLASHAR, *Médecine et morale dans l'antiquité. Dix exposés suivis de discussions*, Vandoeuvres-Genève, Fondation Hardt, 1997 e Cohn-Haft, Louis, *The public physicians of ancient Greece*, Northampton, Dept. of History of Smith College, 1956.

corpo (saliva, sudore, lacrime, etc.), localizzato principalmente nel cervello, che era umido e freddo come l'acqua. Agli umori furono fatte corrispondere anche le stagioni: la prima stagione, quella del sangue e dell'aria corrispondeva alla primavera, l'estate era quella del fuoco e della bile, l'autunno era quella della terra e dell'atrabile e l'inverno era la stagione dell'acqua, della pituita e del cervello. Ippocrate, rifacendosi a quello che aveva detto Alcmeone di Crotone, sosteneva che la malattia derivasse dallo squilibrio di questi elementi, facendo definitivamente cessare il legame con il divino<sup>14</sup>.

Dunque, il medico, non è più legato al divino, ma operatore professionale, saggio, studioso dell'organismo umano e, pertanto, il rapporto con il paziente non è più di assoluta sudditanza, come in epoca arcaica, ma di devozione. Non a caso, tuttora, si tende ad evidenziare che la concezione paternalistica del rapporto medico-paziente è chiaramente identificabile nel famoso Giuramento di Ippocrate, ancora oggi pietra miliare formazione professionale degli operatori sanitari.

In un contesto così tratteggiato, caratteristica peculiare della posizione professionale ed esistenziale del medico è costituita dalla "solitudine", percepibile sotto due differenti punti di vista; su di un primo versante, la solitudine è di natura sociale, posto che il medico diviene depositario di un sapere autonomo rispetto a quello religioso, non suscettibile di condivisione, se non in misura minima, con soggetti appartenenti ad altre categorie sociali. Nel contempo, detto isolamento, assume una sfumatura istituzionale, in quanto ulteriormente accentuato dalla circostanza che la formazione del medico si realizza attraverso un percorso prettamente individuale, privo di sostegno ed orientamento da parte dell'autorità statuale, in mancanza di centri medici di matrice universitaria e di autentici

---

14 GUARDUCCI, MARGHERITA, *L'epigrafi greca dalle origini al tardo impero*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1987

ospedali e punti di raccolta dei malati, ove esercitare la professione in un contesto di reciproco confronto e condivisione<sup>15</sup>.

Peraltro, tale conformazione ontologica della posizione medica è ulteriormente accentuata da una circostanza ulteriore: nella triade concettuale composta da malattia, paziente e medico scompare quasi del tutto la famiglia del paziente, i suoi amici, il suo ambiente sociale<sup>16</sup>.

Invero, se da un lato il paziente era normalmente curato in casa e con l'assistenza della famiglia, cui era affidata la concreta esecuzione delle prescrizioni terapeutiche, dall'altro ben difficilmente i componenti del nucleo familiare dispiegavano una qualche influenza sulle scelte del medico, dimostrandosi il suo coacervo di conoscenze sostanzialmente impermeabile alle ingerenze esterne. D'altra parte, secondo il pensiero dell'epoca era lo stesso medico, soprattutto in talune ipotesi emergenziali, a dover racchiudere il suo sapere entro un'area di impenetrabilità, onde evitare al paziente pericolose suggestioni psicologiche, potenzialmente idonee ad incidere negativamente sulle sue possibilità di recupero. Lo stesso Ippocrate

---

15 P. MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico, cit.*, 7 ss. Tuttavia, a questo grado elevato di libertà intellettuale e a questa mancanza di vincoli ufficiali che caratterizzano la posizione del medico greco - romano e che rappresentano un punto di contrasto con la rigidità soffocante che parallelamente connota la medicina del vicino Oriente, corrisponde una significativa apertura alle novità, allo spirito della conquista e della scoperta, alla creazione di un contesto competitivo originato dalla strutturale "privatezza" della medicina stessa. Da ciò deriva una disponibilità a ridiscutere continuamente le fondamenta delle conoscenze mediche e a ridefinirle sulla base di una personale opera di osservazione e di sperimentazione, cui però fa da contraltare un certo anarchismo culturale e tecnico per cui, in assenza di riconoscimenti ufficiali, diventa difficile distinguere i medici tecnicamente preparati dai ciarlatani e dagli imbrogliatori; nel medesimo senso, M. VEGETTI, *Le origini dell'insegnamento medico*, in M. FERRARI, P. MAZZARELLO (a cura di), *Formare alle professioni, figure della sanità*, Milano, 2010, 25 ss.; J. C. SOURNIA, *Storia della medicina*, Parigi, 1992, 53 - 56, il quale osserva che, accanto a medici autenticamente qualificabili come tali, i ricchi e gli aristocratici si avvalevano spesso della cura degli schiavi o degli affracanti, dotati di un'esperienza terapeutica assolutamente elementare; il popolo, dal canto suo, non disponendo di risorse economiche sufficienti al pagamento di medici professionisti, si rivolgeva ai saltimbanchi, agli indovini del villaggio, ai barbieri, che distribuivano farmaci di loro composizione, con conseguente diffusione di filtri ed amuleti.

16 F. P. CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, 2013, 63 ss.

consigliava questa linea di condotta, affermando che il medico deve «occultare la maggior parte delle cose al paziente, distogliere la sua attenzione da quello che egli fa sul suo corpo, non rivelare niente sulle sue condizioni presenti o future»; e ciò in quanto «per molti pazienti la cosa ha costituito una svolta per il peggio»<sup>17</sup>. Tuttavia, proprio in tali occasioni, alle volte, si assisteva ad una riemersione del ruolo della famiglia. In taluni casi, il medico, pur promettendo al paziente la guarigione, comunicava la reale situazione patologica soltanto ai familiari, onde discutere con loro le alternative terapeutiche e, soprattutto, esprimere raccomandazioni circa la successiva alimentazione e condotta di vita del paziente stesso, elementi tali da influire sul suo equilibrio umorale.

Ma ciò non sta a significare che il medico non dovesse instaurare alcuna forma di dialogo o di confronto con il suo assistito. Al contrario, proprio in quanto depositario di un bagaglio conoscitivo estraneo alla generalità dei consociati, risultava gravato di un ruolo denso di pregnanza sociale, tale da definirlo in termini di filantropo al servizio dell'umanità, quantomeno secondo un modello ideale<sup>18</sup>.

---

17 *Corpus Hippocraticum, Decorum*, XVI; cfr. anche M. MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze, 2011, 305 – 308, il quale osserva che, anche in virtù della totale mancanza di un sistema di assistenza sanitaria pubblica, non emergeva in alcun modo la necessità di raccogliere il consenso del paziente al trattamento sanitario. Infatti, si riteneva che già solo il fatto che il paziente si fosse autonomamente rivolto al medico per la sua cura potesse essere considerato una sorta di consenso implicito, più loquace di qualsiasi parola o scritto con cui l'interessato dichiara la propria volontà: con tale atto egli mostra in modo concreto e fattivo la volontà di affidarsi al medico che ha scelto e dal quale si è recato.

18 G. VICARELLI, *L'ideale del medico nella storia della medicina*, in *Rivista Bioetica Interdisciplinare*, Anno XX, 1, 2012, 348 ss.; cfr. anche J. C. SOURNIA, *Storia della medicina*, cit., 51. L'Autore precisa che, secondo la dottrina ippocratica, niente poteva sostituire per efficacia l'interrogatorio e l'esame del malato, neanche un'approfondita conoscenza teorica; in quest'ottica, il medico, onde formulare compiutamente la sua diagnosi, doveva intrattenersi a lungo con il paziente, guardare, toccare e palpare il corpo sofferente, nonché scandagliarne il profilo umano, e soltanto ad esito di queste attività poteva formulare un'ipotesi di cura che risultasse realmente adatta al tipo di malattia, all'età, alle condizioni fisiche del paziente, alla stagione dell'anno ed al clima del paese.

Una siffatta visuale prospettica imponeva al medico un contegno comportamentale costantemente orientato verso l'assistenza degli ammalati, con i quali stabilire, al di fuori delle ipotesi emergenziali surriferite, un rapporto di autentica collaborazione e di apertura umana, nel quale impiegare la sua cultura scientifica e le sue abilità tecniche. Il medico doveva, dunque, indagare a fondo la storia del malato, le sfumature del suo status patologico, la peculiarità della sua sofferenza, in guisa tale da realizzare la completa presa in carico dello stesso; il tutto, in un contesto dialogico e di confronto<sup>19</sup>.

Successivamente, con l'avvento della dominazione romana, si assistette ad una progressiva diffusione della medicina razionale di stampo greco, ma non senza difficoltà. Dal 219 a.C., data in cui è attestato per la prima volta l'arrivo di un medico greco a Roma, fino all'epoca imperiale, l'atteggiamento della cultura ospite verso la medicina greca, fu marcato da una radicale ambivalenza, oscillando tra la ricezione entusiastica e il netto rifiuto, l'adesione incondizionata e la sospettosa ostilità. L'usanza di affidare al *pater familias* il compito di curare con metodi tradizionali – tramandati in genere da padre in figlio – i familiari, gli schiavi e gli animali, era profondamente radicata nella cultura romana e l'arrivo di questa medicina straniera basata sulla razionalità, sullo studio dell'individuo e dei sintomi del corpo umano, venne affrontata con diffidenza. L'arrivo dalla Grecia di medici professionisti, che affermavano di possedere una competenza specialistica, fu percepita come una minaccia all'integrità del tessuto sociale e morale della società tradizionale romana. L'ambivalenza era alimentata anche dalle

19 P. MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico*, cit., 8 ss. Non sempre era possibile ottenere la guarigione e spesso le malattie si dimostravano più forti dell'intervento terapeutico, con la conseguenza che la medicina antica rifuggiva la creazione di false aspettative e consigliava al medico di astenersi dall'intervenire nelle ipotesi in cui il paziente apparisse completamente dominato dalla malattia e non presentasse ragionevoli prospettive di miglioramento. Ciò nondimeno, trattavasi di mero consiglio, cosicché non si faceva divieto al medico di prendere in carico anche i pazienti con prognosi più disperata, anche se avvisandoli con chiarezza della loro condizione morbosa, onde evitare il sospetto di essere responsabile della degenerazione patologica.

differenze, reali o immaginarie, tra le due culture, sotto il profilo istituzionale, professionale, letterario e sociolinguistico. Tali differenze posero le premesse di uno scontro medico-culturale di vasta portata, ma consentirono anche la fusione innovativa di elementi specifici delle due divergenti tradizioni<sup>20</sup>.

I medici, infatti erano per lo più schiavi o liberti, che pretendevano un onorario per le loro cure, cosa che destava scandalo presso gli aristocratici tradizionalisti, questi erano considerati come utili artigiani tanto che, molti nobili romani, istruivano alla medicina gli schiavi più dotati per tenerli presso di loro come medici personali o di famiglia servendosi, come permetteva la legge, anche dopo la loro liberazione. Una vera e propria formazione all'arte della medicina non esisteva in Roma<sup>21</sup>. L'esercizio della professione era remunerativo e molti, del tutto inesperti, come ciabattini e tessitori, diventavano da un giorno all'altro medici o meglio lo diventavano facendo esperienza sulla pelle dei loro pazienti; lo studio del medico nell'antica Roma non si distingueva dalle altre botteghe presenti nel foro, gli archeologi sono in grado di identificare tali luoghi, infatti, esclusivamente mediante i reperti di strumenti medici ivi ritrovati e non anche per la struttura degli edifici, identici a qualunque altra bottega. Nella completa mancanza di ospedali civili, vicino all'ambulatorio vi era una specie di lazzaretto per la degenza e l'osservazione dei pazienti operati. Il medico nell'antica Roma era di solito un professionista "generico" che non aveva una precisa specializzazione, con l'eccezione di alcune grandi città dove esercitavano rari medici specialisti che divengono più numerosi a partire dal I secolo d.C. in tre settori della medicina: la chirurgia (chirurgus), l'oculistica (ocularius) e l'otorinolaringoiatria

---

20 GIUSEPPE ARMOCIDA, *Storia della medicina*, Jaka Book, 1993.

21 Galeno, nel II secolo d.C., nota come molti dei suoi presunti colleghi non sappiano neppure leggere, ciò che importava infatti, nella concezione tradizionale romana, era la manualità dei medici, non invece lo studio dell'organismo umano in cui i greci primeggiavano. Chiunque poteva dichiararsi medico e senza nessuna cognizione teorica o esperienza pratica aprire un ambulatorio.

(auricularius). Solo successivamente, attraverso il contagio della medicina greca, presso i romani si fece strada la necessità di garantire una adeguata formazione ai medici affinché, operando sul corpo umano, si distinguessero, per preparazione, dai semplici artigiani.

La concezione medico-paziente pervenuta ai romani, dunque, risente delle origini greche e, rimase pressoché inalterata fino al XIX secolo.

Il medico, prima mago, poi savio, diventa professionista della cura. Il paziente si affida completamente alle sue decisioni. Non vi è alcun tipo di attività collaborativa ed una profonda ed assoluta reverenza nei confronti dell'operatore sanitario. Nei conflitti bellici, tale ruolo si accentua fortemente. Il medico sceglie, data la scarsità di mezzi, chi curare e come curare.

Il paziente può solo rimettersi alla sua valutazione.

Si parla, come evidenziato, di concezione paternalistica della medicina.

Il medico come un "pater" evidente il retaggio romanistico, che sceglie in sostituzione del proprio paziente in scienza e coscienza.



## **II. Evoluzione del rapporto medico paziente: l'alleanza terapeutica, origini storiche.**

La concezione paternalistica del rapporto medico-paziente come evidenziato, ha origini antichissime, legate ad una tradizione spirituale della medicina. Tale approccio resta inalterato per secoli in quanto, la figura del sanitario, è figura alla quale si deve la massima devozione, in origine perché legato alla divinità successivamente perché saggio e conoscitore dell'organismo umano. Ma, a ben vedere, tale concezione del rapporto medico-paziente inizia ad entrare in crisi durante la Seconda Guerra Mondiale a seguito dell'aberrante fenomeno della sperimentazione nazista sulle "cavie umane" perpetrato nei lager nazisti.

Come già innanzi osservato, infatti, le declinazioni del rapporto terapeutico si presentano strettamente ricollegate ai mutamenti del tessuto economico - sociale sul quale esso si innesta e, dunque, alle concezioni di malattia, salute, consenso, autodeterminazione, diritto, scienza. Non è un caso, quindi, che a periodi di accentuazione culturale e giuridica della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo corrisponda una pregnante valorizzazione dell'autodeterminazione terapeutica e che, al contrario, in epoche connotate da rapida ed intensa corsa alla tecnologia e alla specializzazione della medicina, corrisponda una complessiva spersonalizzazione dell'individuo ed una rarefazione della sua realtà antropologica<sup>22</sup>.

Può dunque affermarsi che la configurazione autodeterministica del rapporto medico - paziente costituisce una prerogativa moderna e rappresenta il precipitato della secolarizzazione del principio di dignità umana, per il cui consolidamento dovrà però attendersi

l'entrata in vigore, nello scenario europeo, dei testi costituzionali e della loro lettura evolutiva ad opera dei Giudici delle leggi<sup>23</sup>.

Ma, tornando indietro nel tempo, deve osservarsi come uno degli aspetti caratteristici e tradizionali della medicina scientifica iniziata in Europa nel secolo XIX sia costituito dalla sperimentazione clinica, metodo d'indagine che ha garantito alla stessa il raggiungimento di sempre più elevati livelli di efficacia

Nel passaggio tra il XIX ed il XX secolo, difatti, la popolazione europea si era andata progressivamente accrescendo a seguito di circa mezzo secolo di pace, accompagnata da una drastica diminuzione della mortalità da malattia e da una diminuzione meno rapida delle nascite<sup>24</sup>. Nel panorama culturale dell'epoca, dunque, si viveva un momento di assoluta esaltazione della scienza e della tecnica, alimentato dall'applicazione della tecnologia diagnostica e terapeutica alla sanità pubblica, nonché dal raggiungimento di più elevati livelli di igiene, che prometteva il conseguimento di risultati ancora migliori in termini demografici e di abbattimento della mortalità.

---

23 Significativa, al riguardo, Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, secondo cui «quello della dignità della persona umana è, (...), valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo», e deve dunque incidere sull'interpretazione di tutte le disposizioni legislative che evocano il comune sentimento della morale. La stessa libertà di pensiero, secondo la Corte, deve estrinsecarsi secondo modalità che non superino questo limite, in quanto concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana.

24 In altre parole, l'inizio del nuovo secolo conduceva con sé la convinzione che la medicina, incorporando dosi sempre più massicce di scienza, fisica, chimica, biologia, avrebbe potuto «raggiungere uno statuto di massima scientificità con una messe sempre più cospicua di ricadute tecno - pratiche a vantaggio dell'uomo; e sembrava definitivamente acquisita la figura ideale, qua e la realizzata, di un medico scientificamente preparato, tecnicamente agguerrito, umanamente partecipe, civilmente impegnato, schierato stabilmente a favore della vita nella sua pienezza, contro la morte, la malattia, la fame, la povertà, lo sfruttamento, il dominio incontrollato dell'uomo sull'uomo». Del resto, la miglior prova dell'attaccamento del paziente moderno alla medicina scientifica può essere rinvenuta nel declino, avvenuto nei primi decenni del Novecento, della ciarlataneria e nella conseguente dissipazione dei tradizionali rivali con i quali il medico era costretto ad interfacciarsi nei secoli precedenti: praticoni, conciaossa. In tal senso, G. MORTARA, *La salute pubblica in Italia durante e dopo la guerra*, Bari, 1925, passim nonché G. COSMACINI, *Storia della medicina, cit.*, pag.358 - 359.

Nasceva così la figura del paziente moderno, che si caratterizzava per due elementi ben precisi: da un lato, la maggiore e generalizzata sensibilità per le condizioni interne dell'organismo, che provocava l'ingresso, negli ambulatori di figure spesso refrattarie alle cure sanitarie, quali donne e bambini, con conseguente sviluppo della pediatria; dall'altro, per la sua fiducia incondizionata nella figura del medico, non più concepito quale mero distributore di farmaci, bensì quale vero e proprio guaritore. Detta fiducia rappresentava, del resto, il naturale precipitato dei surriferiti processi evolutivi, orientati a consolidare in via definitiva il fondamento tecnico-scientifico dell'attività del sanitario, con conseguente piena disponibilità del paziente ad assoggettarsi all'"autorità medica", delineando un rapporto per la cui ulteriore modificazione dovrà attendersi la seconda metà del secolo XX<sup>25</sup>.

E questa era la situazione che caratterizzava anche l'Italia all'alba del ventennio fascista, allorquando la creazione di regimi assicurativi speciali, il mutualismo libero ed occupazionale, la riforma degli ospedali, sancivano una consistente evoluzione delle politiche sanitarie, che acquisivano una struttura di carattere corporativo, ampiamente governata dal partito fascista<sup>26</sup>. Entro questa cornice, ai

---

25 Si osserva che tale trasformazione, che rinveniva la sua origine negli ultimi decenni dell'Ottocento, determinava l'instaurazione, tra medici e donne, di un rapporto di più stretta e reciproca dipendenza: le donne dipendevano dal medico per liberarsi di tutta una serie di sofferenze nervose, spesso derivanti anche dalla gravidanza, mentre il medico cominciava a dipendere quasi interamente dalle donne per le sue necessità reddituali. Peraltro, ed in senso più generale, il consolidamento della fiducia riposta nel medico è attestato da numerosi studi condotti nei primi decenni del Novecento. Ad esempio, negli anni '30, in un quartiere periferico di Londra si erano rivolti al medico il 30 per cento dei portatori di sintomatologia cronica, contro il 27 per cento dei londinesi calcolati su settecento casi di malattia riferiti al biennio 1953 - 1954.

26 Merita però segnalare che questa evoluzione delle politiche sanitarie, tipica delle realtà cittadine, interessò solo marginalmente le campagne, ove l'apparato statale era ancora visto quale entità astratta e lontana dai bisogni dei cittadini ed il sapere medico manteneva un'essenza esoterica ed impenetrabile. Tale circostanza trova riscontro anche in alcuni classici della letteratura. Esemplificativamente, può menzionarsi C. LEVI, *Cristo si è fermato a Eboli*, Torino, 2003, 37 - 38, partecipato affresco sociologico e antropologico che narra le vicende di un medico ed intellettuale torinese costretto, tra il '35 ed il '36, al confino in un recondito paese della Lucania, popolato da una lancinante umanità svilta dalla soggezione

medici veniva affidato il compito di controllare il comportamento delle nuove e vecchie generazioni di italiani, attraverso un processo di medicalizzazione del lavoro, della vita quotidiana, della famiglia, ispirato da un'esaltazione della medicina scientifica, adoperata, però, quale strumento di consolidamento del dominio fascista; in altre parole, il medico diveniva garante del nuovo ordine pubblico<sup>27</sup>.

Emblema di ciò può essere rinvenuto nella modalità statuale di gestione della tubercolosi, intesa quale più importante malattia sociale della nazione<sup>28</sup>. Nel dettaglio, il modello di lotta antitubercolare cui si adeguava la politica della sanità pubblica sotto il fascismo ovvero quello dell'intervento sanitario fondato sul ricovero nei sanatori, attraverso un'attività prevalentemente "edilizia", tale da tralasciare la realizzazione di un razionale programma di prevenzione abitativa<sup>29</sup>. Di rilievo, dunque, agli albori della seconda guerra mondiale, l'attenzione dei regimi autoritari per la sperimentazione in materia sanitaria. È innegabile il valore della sperimentazione sia per il progresso scientifico, sia per il benessere della collettività, ma è allo stesso tempo doveroso considerare il gravissimo problema della sperimentazione umana, piaga del

---

all'ignoranza e alle malattie, che vede nel sapere medico di cui il protagonista è portatore un comparto impenetrabile cui assoggettarsi ciecamente, affidando completamente il proprio corpo nelle mani di una figura dai tratti paternalistici ed autoritari. Emblematico il seguente passo: «Volevano mostrarmi i loro figli perché li curassi (...) Le donne mi pregavano, mi benedivano, mi baciavano le mani. Una speranza, una fiducia assoluta era in loro. Mi chiedevo che cosa avesse potuto generarle. Il malato di ieri era morto e io non avevo potuto far nulla per evitarne la morte ma le donne dicevano che avevano visto che io non ero, come gli altri, un medica ciucci, ma ero un cristiano bono e avrei guarito i loro figliuoli».

27 G. VICARELLI, *L'ideale del medico*, cit., 360.

28 Basti fare riferimento ai dati riportati da A. NICEFORO, *Le leggi storiche della mortalità per tubercolosi secondo le statistiche italiane delle cause di morte*, in AA.VV., *Trattato della tubercolosi*, Vol. I, p.78, il quale osserva che, già nel quinquennio 1887 - 1891, era possibile contare su 1000 morti ben 78 per tubercolosi, che salgono ad 81 nel ventennio 1907 - 1912; peraltro, all'acquisto del triste primato a spese della pellagra e della malaria, si accompagna la perdita parziale del carattere di malattia del Nord, legata all'industrializzazione e radicata nella sua area di sviluppo, in quanto, a partire dal secondo decennio del Novecento, detta patologia invade la Sardegna e il Lazio, tramutandosi in fattore di unificazione morbosa del paese.

29 D. PRETI, *La lotta antitubercolare nell'Italia fascista*, in R. ROMANO, C. VIVANTI (a cura di), *Storia d'Italia, Annali*, Vol. VII, Torino, 1984, p.982.

secondo conflitto mondiale. Di per sé, la sperimentazione umana non è altro che l'utilizzo di esseri umani come soggetti di ricerca. È una parte fondamentale della ricerca medica e dunque, la *ratio* della sperimentazione, è inscindibilmente connessa con la *ratio* della medicina<sup>30</sup>. Non sono, dunque, solo i mezzi ma soprattutto gli scopi stessi della medicina a dover essere continuamente riesaminati, sia pure in misura parziale, anche per verificarne la compatibilità con le risorse umane ed economiche di cui la società dispone e con i principi fondamentali che sono alla base di una società civile. In questo riesame si deve evitare di considerare i traguardi raggiunti

---

30 Pur nelle perduranti, ma in sostanza non decisive differenze di opinione dottrinale sui concetti di salute, malattia, disturbo e infermità, si può riconoscere che l'indiscussa matrice della medicina, sin dalle origini, è costituita dalla comune natura umana contraddistinta, in maniera universale, dalla presenza di malattie, dolore fisico e morale, paura del futuro e della morte. Rispetto al passato, l'insieme delle conoscenze scientifiche e l'interscambio delle conoscenze e delle pratiche mediche, costituisce un patrimonio comune a tutti. Il benessere del paziente è considerato ovunque un obbligo prioritario del medico e obiettivo della medicina. Il recente Rapporto dell'Hastings Center si è chiesto, tra l'altro, se sia giustificato proporre per la medicina degli scopi cui si possa attribuire una validità universale, cioè degli scopi che devono essere comuni a tutte le culture, o scopi che sono il segno distintivo delle varie culture di appartenenza. Chiedendosi dunque, se gli scopi della medicina siano modelli intrinseci alla medicina stessa o costruzioni sociali, il rapporto dell'Hastings Center rileva che, sulla natura della medicina e sui suoi scopi esistono due concezioni che, pur contrastanti, si sono ormai integrate. Secondo la *prima concezione*, la medicina ha degli scopi intrinseci suscettibili di essere "scoperti". La *seconda concezione* ritiene invece che gli scopi che si crede di "scoprire", siano in genere costruiti socialmente e legati al tempo e alla storia. I sostenitori della prima concezione, ritengono che gli scopi appropriati della medicina rappresentino la risposta tipica della pratica medica alla esperienza umana universale della malattia, ispirata dal bisogno di guarire, aiutare, assistere e curare ed iniziata con il rapporto diadico medico paziente, sul quale la medicina mantiene e rafforza la propria vitalità. La seconda concezione, secondo cui gli scopi della medicina sono una costruzione sociale, nasce invece dalla constatazione che col cambiare delle epoche e delle culture, cambiano anche la natura della medicina, il modo di interpretare la malattia, le infermità e i vari disturbi e di conseguenza gli scopi. Conoscenze e pratiche rispecchiano i tempi e le società nelle quali la medicina opera e quindi sono poste al servizio di tutti gli obiettivi che la società reputa apprezzabili, sottostando agli stessi vincoli che condizionano le altre istituzioni sociali. Nel conflitto tra queste due visioni della medicina, emerge il problema di stabilire se spetti alla medicina stessa definire dal suo interno la propria storia e le proprie tradizioni, i propri valori e la propria direzione, oppure se essa deve lasciare questo compito alla società. L'Hastings Center ritiene che una valida risposta a questa alternativa sia, in luogo della contrapposizione, un dialogo continuo con la società, nel corso del quale ciascuno dei due interlocutori cerca la propria sfera legittima, i propri diritti e i propri doveri. D'altro canto i medici, gli operatori dell'assistenza sanitaria ed i pazienti fanno parte della società, per cui si ritiene prevedibile che mai sarà possibile tracciare una linea divisoria netta tra le istituzioni della medicina e le altre istituzioni sociali. (CNB, Parere 2001, Pag. 21-26)

come un obiettivo stabile, una tappa verso sicuri successi ulteriori. Si tratterebbe di una visione ottimistica infondata, basata sull'erronea idea che sia vicina e definitiva la sconfitta delle malattie. Infatti, perfino molte malattie infettive, ritenute debellate, stanno riemergendo anche nei Paesi che più sono attrezzati a combatterle.

Non vi è dubbio che l'attenzione prevalente, in questi ultimi anni, si sia concentrata soprattutto sugli strumenti e sui mezzi della medicina e dell'assistenza sanitaria, piuttosto che sugli scopi. La sperimentazione è un mezzo del quale si avvale la medicina e, senza dubbio, un indefettibile punto di partenza per l'evoluzione della medicina stessa in quanto mezzo di elezione per l'incremento del sapere scientifico e, un necessario strumento a servizio dell'uomo<sup>31</sup>. Determinante, dunque, è il bilanciamento tra costi e benefici della sperimentazione, solo un parziale equilibrio tra le suddette contrapposte esigenze, ci consente di parlare di una sperimentazione legittima.

La particolare attenzione ai diritti dei pazienti e, secondo alcuni, il cambiamento del rapporto medico-paziente, matura proprio a seguito di una fase di inumane sperimentazioni compiute dal regime nazista, nel corso della seconda guerra mondiale.

Purtroppo, infatti, la storia ha fatto degli uomini non solo protagonisti della medicina, ma anche oggetti della stessa<sup>32</sup>. L'uomo diventa cavia, cavia umana. Si assiste alla nascita di uno storico buco nero nel quale si sospende il diritto<sup>33</sup>. I principi essenziali sul rispetto

---

31 Intervento del Prof.L.CHIEFFI al convegno: *La cavia umana, esperimenti nei lager nazisti*, Università Federico II di Napoli e per alti approfondimenti U.GENOVESE, R.STUCCHIA, A.FARNETI, *I trapianti non salvavita, aspetti medico-legali* in. *Riv.It.Med.Leg* 2000, pag424-425.

32 Intervento Prof.C.BUCCELLI, Convegno: *La cavia umana, esperimenti nei lager nazisti*, Napoli, 27 gennaio 2011.

33 Intervento Prof.G.LISSA, Convegno: *La cavia umana, esperimenti nei lager nazisti*, Napoli, 27 gennaio 2011 che riferisce il pensiero di Gian Battista Vico "il diritto è lo strumento con cui si difende la vita, abolito il diritto si annulla questa difesa" ed è quanto tristemente accaduto nei lager nazisti.

della persona umana sono stati sospesi, annullati, disconosciuti e così il concetto stesso di persona umana e di dignità umana. La sospensione del diritto implica la sospensione della morale, si assiste quasi ad una metamorfosi kafkiana dell'uomo-paziente in non uomo. Con lo sterminio nazista ed in particolare con la nascita delle cavie umane, la medicina rinnega se stessa e si interrompe la corrispondenza tra la ragione e la storia.<sup>34</sup> Non trascurabili sono i paradossi della legislazione nazista. Ad esempio, una delle primissime leggi della Germania nazista proibiva in maniera chiara la macellazione rituale in quanto cagionava insopportabili dolori agli animali e di contro, fu lo stesso regime ad autorizzare il genocidio ebraico<sup>35</sup>. Inoltre, non è trascurabile il fatto che la legislazione tedesca fosse anche particolarmente accorta alla tutela dei soggetti deboli e dei minori; ma le disposizioni di tutela di queste categorie non resistettero all'ascesa della destra nazista. Si procedette, infatti, all'eutanasia sui malati di mente e alla sperimentazione su individui sani. Il nazismo dà una visione biomedica del genocidio che "eradica le vite indegne di essere vissute perché subumane" sicché "l'epurazione è opportuno e necessario per purificare la razza."<sup>36</sup> Aberrante era la posizione dei medici che si prestavano a queste inumane sperimentazioni; gli stessi, infatti, ritenevano di non abiurare al giuramento di Ippocrate ("mai nuocerai"), in quanto convinti che gli ebrei fossero esseri sub-umani ed avallati dalle disposizioni legislative in materia. I medici diventarono i primi soldati di un'impresa di morte. Erano loro a scegliere le "cavie" più idonee ai diversi tipi di sperimentazione. La sperimentazione nei lager nazisti era varia: alle "cavie umane" venivano iniettati veleni e fatti inalare gas per esaminare gli effetti degli stessi, senza

---

34 Intervento Prof.G.LISSA, Convegno:*La cavia umana,esperimenti nei lager nazisti*,Napoli,27gennaio 2011.

35 Intervento SCIALOM BAHBOUT, Convegno:*La cavia umana,esperimenti nei lager nazisti*,Napoli,27gennaio 2011.

36 Intervento LORENZO CHIEFFI, Convegno:*La cavia umana,esperimenti nei lager nazisti*,Napoli,27gennaio 2011.

anestesia; i pazienti ebrei, venivano immersi in vasche congelate per studiare gli effetti dell'ipotermia, furono costruite camere iperbariche nelle quali venivano effettuati esperimenti utili per i voli in alta quota, i pazienti ebrei venivano sottoposti a salassi esagerati, sterilizzazioni chimiche, ustioni, fratturazioni di arti, il tutto in nome del progresso degli studi scientifici, sulla base di esperimenti effettuati su individui che non erano appartenenti al genere umano. La sterilizzazione chimica di donne ed uomini ebrei è una delle abominevoli pratiche di cui si hanno maggiori informazioni. A garanzia della non sterilità delle donne, le stesse erano sottoposte a questo tipo di sperimentazione subito dopo il parto, venivano irrorati i genitali con sostanze chimiche di vario genere. Naturalmente gli effetti erano devastanti: emorragie, sepsi, lesioni uterine, infiammazioni. Purtroppo estremamente frequenti erano, inoltre, anche le sperimentazioni inumane sui minori. Le analisi effettuate sugli stessi erano continue nel corso della giornata, si procedeva con prelievi ematici, iniezioni di liquidi irritanti negli occhi, si infettavano i piccoli con i virus del tifo e della tubercolosi. Essi erano le cavie ideali per lo studio degli effetti di alcuni veleni come il fenolo che, con iniezioni intracardiache, provocava la morte in 15 secondi. Inoltre, i piccoli venivano denutriti per studiare gli effetti della malnutrizione per cui la morte, provocata per impiccagione, richiedeva una sadica pratica ad opera degli stessi medici, che dovevano spingerli verso terra per provocarne il soffocamento.

Le suddette pratiche dimostrano come l'animalizzazione dell'uomo sia purtroppo molto più semplice si possa immaginare. Non è trascurabile nemmeno la responsabilità delle case farmaceutiche che commissionavano le sperimentazioni ed in alcuni casi, ne erano direttamente artefici<sup>37</sup>. Il problema che oggi sussiste è cosa farne delle conoscenze acquisite in queste inumane sperimentazioni. Due

---

<sup>37</sup> Sono stati, infatti, ritrovati alcuni documenti che attestano una compravendita di donne ebree ad opera della casa farmaceutica Bayer.



sono gli orientamenti. Alcuni, sostengono che i suddetti studi siano una sconvolgente violazione di ogni diritto umano e che dunque non sia ammissibile alcun uso degli stessi. Altri, ma bisogna sottolineare che si tratta di un orientamento minoritario, sostengono l'utilità di una parte di questi studi, ad esempio quelli sull'ipotermia, per salvare oggi vite umane.<sup>38</sup>Le inumane sperimentazioni del periodo nazista hanno dimostrato la "banalità del male". *"Le azioni erano mostruose, ma chi le fece era pressoché normale, nè demoniaco nè mostruoso"*; si palesava, dunque, una assoluta incapacità di pensare ed una cieca obbedienza, vi era una massa compatta di uomini perfettamente "normali" i cui atti erano mostruosi. E questa normalità è più spaventosa di tutte le atrocità messe insieme, poiché implica - come fu detto e ripetuto a Norimberga dagli imputati e dai loro patroni - che questo nuovo tipo di criminale, realmente *"hostis generis humani"*, commette i suoi crimini in circostanze che quasi gli impediscono di accorgersi o di sentire che agisce male"<sup>39</sup>.

Il codice di Norimberga rappresenta la frattura e l'assoluto disconoscimento di un passato aberrante, oggi è la pietra miliare della sperimentazione e della medicina. Nasce dalle carte del processo che si è svolto nell'omologa, città contro i medici nazisti e traccia una linea di divisione tra sperimentazione lecita e tortura. La sperimentazione lecita avviene quando il soggetto volontariamente dà il proprio consenso informato a essere sottoposto ad un esperimento. La nozione di dignità umana coincide pienamente con il concetto di autonomia individuale e decisionale. La dignità umana è un limite invalicabile: "Nel regno dei fini tutto ha un prezzo o una dignità. Ciò che ha un prezzo può essere sostituito da qualcos'altro a titolo equivalente; al contrario, ciò che è superiore a quel prezzo e che non ammette equivalenti, è ciò che ha una dignità [...] Ciò che

---

38 Intervento Prof. C.BUCCELLI, Convegno:*La cavia umana, esperimenti nei lager nazisti*, Napoli, 27 gennaio 2011.

39 H.ARENDT, *La banalità del male*, Milano, 2004, passim.

permette che qualcosa sia un fine a se stesso non ha solo un valore relativo, e cioè un prezzo, ma ha un valore intrinseco, e cioè una dignità [...]”.

“L’umanità [l’essere uomo] è essa stessa una dignità: l’uomo non può essere trattato dall’uomo (da un altro uomo o da se stesso) come un semplice mezzo, ma deve essere trattato sempre anche come un fine. In ciò appunto consiste la sua dignità (personalità), ed è in tal modo che egli si eleva al di sopra di tutti gli esseri viventi che non sono uomini e possono servirgli da strumenti.” <sup>40</sup>

Dunque, è questo il momento, secondo alcuni, in cui è segnato il passaggio dal rapporto paternalistico medico-paziente al rapporto di alleanza terapeutica.

Superata l’aberrazione del nazismo, infatti, si fa preponderante l’esigenza di salvaguardare la libertà del paziente ed il suo diritto ad una cura cosciente.

Il medico, come gli accadimenti storici hanno dimostrato, non è sempre un “pater” e pertanto, il rapporto con il paziente muta. Non può più essere un rapporto di soggezione ma deve essere un rapporto di piena condivisione e collaborazione.

---

40 I. KANT, *fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 2000, passim.

### **III. Il problematico epilogo: dall'alleanza terapeutica alla medicina difensiva.**

Per alleanza, all'interno di un processo terapeutico, si intende il reciproco accordo che si instaura tra paziente e terapeuta riguardo "agli obiettivi del cambiamento terapeutico, ai compiti necessari per raggiungere tali obiettivi, ed allo stabilirsi di un legame volto a mantenere una collaborazione attiva tra paziente e terapeuta, basata sulla fiducia e l'accettazione reciproca"<sup>41</sup>.

E' utile fare un breve percorso storico che sintetizzi l'evoluzione del concetto di alleanza per verificare come ha influito, in termini anche predittivi, sul senso della creazione della relazione stessa.

Il concetto è davvero controverso: si intreccia, ma anche si contrappone, con quelli di transfert e di relazione reale. Nell'incontro tra un paziente e un terapeuta entrano in gioco elementi transferali, controtransferali, consci ed inconsci e tale complessità non può non essere debitamente considerata. Dopo un primo periodo di teorizzazioni psicoanalitiche, volte a distinguere l'alleanza dal transfert e dalla relazione reale, e una seconda fase caratterizzata dalla ricerca empirica e dalla costruzione di strumenti di valutazione ad hoc, tesi a dimostrare come l'alleanza sia un fattore fondamentale nel processo terapeutico comune, siamo da poco entrati in una terza fase dello studio sull'alleanza, caratterizzata dall'approfondimento delle sue dinamiche relazionali, in particolare dei cicli di rottura e riparazione.

L'alleanza come componente fondamentale della relazione terapeutica è stata inizialmente introdotta dalle teorizzazioni di Freud e Sterba sulle funzioni dell'Io nel trattamento psicoanalitico. Le prime teorizzazioni sull'alleanza risalgono agli scritti di Freud

---

<sup>41</sup> VITTORIO LINGIARDI, ANTONELLO COLLI, *L'alleanza terapeutica nella terapia psicodinamica*, Franco Angeli 2010, *passim*.

sulla tecnica della psicoanalisi nei quali vengono esplorate le differenze tra aspetti nevrotici (transfert) ed aspetti amichevoli della relazione con il terapeuta.

L'instaurazione di un rapporto di collaborazione con il paziente da parte del terapeuta fu considerato da Freud un prerequisito fondamentale allo sviluppo del processo terapeutico, e di guarigione<sup>42</sup>.

Pertanto, è possibile affermare che il concetto di alleanza terapeutica, fortemente sviluppato nella psicoterapia, è più in generale inteso come il rapporto collaborativo, d'intesa, di cooperazione tra medico e paziente. Ruolo cruciale, dunque, alla luce di questa nuova concezione, è assunto dal consenso informato. Quest'ultimo, infatti, cristallizza l'alleanza terapeutica in quanto consente al paziente di esprimere la propria volontà sulla terapia ed eventualmente persino di rifiutarla. Si assiste alla trasformazione del rapporto medico-paziente che diventa di ad un rapporto di equiordinazione, con il comune obiettivo di garantire la cura e la guarigione.

Tale approccio cooperativo è, però, recentemente messo in discussione e compromesso dalla gravosa diffusione di quella che viene definita "medicina difensiva".

Il fenomeno della medicina difensiva, a ben vedere, era in realtà presente anche in epoche insospettabili. Uno degli episodi più antichi risale al IV secolo a.C ed è riportato da Curzio Rufo nelle *Historie Alexandri Magni*: l'autore narra che Alessandro, gravemente ferito in battaglia, non riuscì a trovare alcun medico disponibile ad

---

42 Nel "Compendio di psicoanalisi" Freud descrive così l'alleanza: "L'io è indebolito a causa dei suoi conflitti interni, dobbiamo accorrere in suo soccorso. E' un po' come una guerra civile che deve essere decisa con l'aiuto di un alleato che viene dal di fuori: il medico.

"Il nostro sapere deve compensare il suo non sapere" in S.Freud, *op.cit.*

intervenire per asportare la freccia che si era conficcata nel suo corpo, sino a quando lo stesso, conscio della gravità della lesione e delle ragioni per le quali i chirurghi erano tanto restii a intervenire, promise saggiamente l'impunità a tal Critobulo, che alla fine lo operò. Numerose sono poi le testimonianze di vicende analoghe occorse nei secoli successivi, in cui i chirurghi si rifiutavano di eseguire taluni interventi senza prima aver ottenuto l'impegno, da parte dell'assistito e dei suoi parenti, di rinunciare a qualunque rivalsa nei loro confronti. Le ragioni della medicina difensiva sono oggi sicuramente diverse da quelle dei secoli passati. La medicina difensiva 'moderna', diffusasi in tutti gli Stati europei, ha preso consistenza negli Stati Uniti durante gli anni '70 e testimonia il fatto che si è profondamente modificata l'impostazione del rapporto medico-paziente, è aumentata la consapevolezza sociale del problema della *medical malpractice*, e si è andata affermando una sempre maggiore attribuzione di responsabilità civile e penale all'operatore sanitario. La classe medica, riconosciuta sempre più responsabile di episodi di malas sanità, è stata esposta ad un numero sempre maggiore di azioni processuali. Nel contesto socioculturale attuale, infatti, si è profondamente modificato il consueto rapporto medico-paziente e si è sviluppato un generale rafforzamento del concetto di tutela del paziente, consolidando la consapevolezza dei doveri del medico e le proprie responsabilità.

Le ragioni all'origine di tale mutamento possono essere ricondotte a cause di diversa natura: in primis, le cause di natura 'sistemica', vale a dire riferite al più generale contesto socioculturale all'interno del quale il medico opera. Tra queste, ad esempio, si annoverano la trasformazione del rapporto medico-paziente, la spersonalizzazione della responsabilità sanitaria, l'evoluzione e il forte impatto della tecnologia in medicina, foriera di nuovi rischi. Di rilievo, inoltre, anche le cause di natura 'individuale', più strettamente riconducibili

alla psicologia del singolo operatore sanitario. Tra queste, per esempio, incide il modo in cui il professionista considera e si relaziona con il rischio del contenzioso.

Oggi il fenomeno della medicina difensiva include svariate strategie e, pertanto, non si presta ad un modello descrittivo unitario. Secondo la definizione ormai invalsa, quella dell'*Office of Technology Assessment*<sup>43</sup> americano, il fenomeno della medicina difensiva si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite ultronee, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per *malpractice*. È stata inoltre effettuata, in tale settore, una dicotomia tra medicina difensiva positiva e negativa. Quando i medici prescrivono una moltitudine di test e di accertamenti diagnostici ultronei e non necessari, si parla di una medicina difensiva positiva; quando invece gli operatori sanitari evitano certi pazienti o trattamenti, stante l'elevato rischio, praticano una medicina difensiva negativa.

Tale descrizione, sebbene non esaustiva e caratterizzata da ampi margini di indeterminatezza, costituisce il punto di partenza di ogni indagine in tema di *defensive medicine*, per la sua capacità di accorpare l'insieme delle condotte (attive o omissive, consapevoli e inconsce) che non obbediscono al criterio essenziale del bene del paziente, ma che si ispirano all'intento egoistico/utilitaristico di non esporsi al rischio di un contenzioso giudiziario nello svolgimento dell'attività professionale.

Il fenomeno della medicina difensiva si è generalmente radicato in società particolarmente evolute e caratterizzate da diffuso benessere, sulla base di alcuni presupposti connessi proprio allo sviluppo socioeconomico. Alla base dell'atteggiamento difensivo della

---

43 Office of Technology Assessment, US, Congress 2012.

classe medica vi è un consistente spostamento dell'asse della responsabilità sanitaria verso un assetto di tutela rafforzata del paziente e il conseguente anomalo intensificarsi del contenzioso legale per *medical malpractice*<sup>44</sup>.

Preoccupanti i dati statistici, che testimoniano una crescita esponenziale del contenzioso in materia di responsabilità sanitaria. Il rischio è che, sempre più spesso, in attesa della conclusione del processo, le assicurazioni, immobilizzino il capitale richiesto in sede giudiziale. Opera nel settore assicurativo una sorta di "presunzione di colpevolezza del medico" e, di consueto, le compagnie assicurative tendono o a rifuggire il settore sanitario o dopo due o tre contenziosi che coinvolgono lo stesso medico- anche non conclusi in sede processuale- diffidando il professionista, che è obbligato alla stipula di un nuovo contratto, ben più oneroso.

Diverse le ragioni di questo incremento del contenzioso in materia sanitaria. E' cambiato il rapporto duale medico-paziente, sempre più visto come un professionista che deve erogare una prestazione a rischio zero, senza complicanze e sono cambiate le aspettative dei pazienti. Il benessere e la tecnologia hanno incrementato le richieste di medicalità. In questo contesto, qualsiasi complicanza o fallimento terapeutico è visto come inaccettabile e passibile di condanna. Paradossale è che, proprio la medicina, è soggetta a grandi variazioni, influenzate dalla risposta diversa di ogni individuo e dall'incedere delle nuove tecnologie, ma a seguito dell'incremento del contenzioso, spesso, il medico si rifugia nella medicina difensiva, riempiendo gli ambulatori di esami diagnostici sempre più sofisticati per tutelarsi preventivamente, ed evitando i casi più gravi, a rischio di fallimento.

---

44 GIORGIA GUERRA, *La 'medicina difensiva': fenomeno moderno dalle radici antiche*, Salute e diritto, Vol. 14, n. 4, Ottobre-Dicembre 2013.

Le conseguenze più evidenti sono: l'aumento dei costi per la sanità pubblica e privata ed il diffondersi della paura nell'esercizio della professione medica.

Una delle maggiori preoccupazioni associate alla pratica dilagante della medicina difensiva, consiste nella possibilità che, tale atteggiamento, modifichi completamente la professione medica, sgretolando i due cardini su cui tale professione si fonda: autonomia e responsabilità.

Da un lato, infatti, si teme che il progressivo consolidarsi di pratiche di medicina difensiva possa generare un ambiente socio-culturale in cui, i medici vengano sempre più intimiditi e suggestionati dai precetti contenuti nelle massime giurisprudenziali e nelle regole amministrative/organizzative e, quindi, tendano a ritenerli dogmi cui è doveroso ubbidire.

Il pericolo maggiore, associato a questa tendenza, è che il medico possa sviluppare una progressiva perdita di coscienza della peculiarità delle proprie competenze e degli obblighi intrinseci alla propria professione nonché indirizzare il paziente ad altre competenze o strutture specialistiche, ad approfondire le indagini diagnostiche, o disporre un ricovero prudenziale.

La medicina, infatti, benché tecnologizzata, dovrebbe sempre conservare una forte componente di 'arte' – indicando con ciò la personalizzazione che ogni medico conferisce al suo agire in ciascun caso singolo, sulla base della propria esperienza e della propria sensibilità professionale.

Dall'altro lato, poi, si teme addirittura che l'atteggiamento difensivo puro, unicamente motivato dal timore di future accuse di *medical malpractice*, possa deviare verso un atteggiamento che, invece, maschera l'insicurezza/l'incapacità di ragionamento e di giudizio del medico<sup>45</sup>.

---

45 V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica* in Riv. dir. Civ.3/2008,p. 317.



In altre parole, dunque, il timore è che nel tempo si possa instaurare una tendenza deresponsabilizzante del medico, il quale demanderebbe in continuazione a terzi o a macchinari il compito di fornirgli conclusioni preconfezionate alle quali allinearsi, senza alcuno sforzo professionale e senza alcuna responsabilità. Esempi emblematici di come questi timori possano oggi sostanzarsi nella pratica clinica e nell'esecuzione della professione medica, in un senso e nell'altro, sono rappresentati dalla problematica rilevanza, delle linee guida e dell'utilizzo corretto del consenso informato da parte degli operatori medici settori in cui è stato necessario ed opportuno anche un recentissimo intervento normativo. Nell'adesione pedissequa alle linee guida, però, si rischierebbe ovviamente di ridurre l'autonomia decisionale del medico e di imporre una restrizione al suo pensiero logico-deduttivo, "trasformando la scienza medica praticata al letto del malato in una cook-book medicine"<sup>46</sup>.

Diversamente lo scopo del consenso informato, in forza del principio di autodeterminazione espresso nell'articolo 13 della Costituzione Italiana ("La libertà personale è inviolabile"), invece, è quello di informare adeguatamente il paziente sulle proprie condizioni di salute<sup>47</sup>, sui trattamenti diagnostico-terapeutici che si rendono necessari, sui rischi, sui risultati ottenibili e sulle possibili conseguenze negative ad essi connesse.

Il rischio che si intravede, però, connesso con una sempre maggiore diffusione delle pratiche mediche difensive, è che si arrivi ad anteporre, agli inalienabili e fondamentali diritti del malato, la pur legittima ricerca di una garanzia per il medico. Sono criticabili, ad esempio, l'exasperato tecnicismo e la prolissità di certi moduli di

---

46 M. MCQUEEN, *"Challenges for Evidence Based Laboratory Medicine"*, Clin. Chem. 2001, p.1536-1546.

47 Determinate, in tal senso, l'intervento del Prof. E.QUADRI al convegno Law and medicine, maggio 2016, Università Federico II, Napoli, nel quale è stato evidenziato che l'aspetto imprescindibile del consenso non è tanto la forma-scritta od orale-quanto il carattere dell'adeguatezza dello stesso.

consenso informato, nei quali sono indicate tutte le possibili conseguenze negative di un determinato intervento sanitario, al solo fine di consentire al medico di documentare che il rischio, poi eventualmente verificatosi, era stato espressamente previsto e, dunque, assunto consapevolmente dal paziente mediante la sottoscrizione del modulo. In questo modo, però, si rischia ovviamente di alterare, burocratizzandolo, il dialogo necessario nel rapporto medico-paziente e di ridurre, minimizzandola, la componente di responsabilità insita nell'esercizio della professione medica.

Un altro aspetto che suscita grande preoccupazione è che il fenomeno della medicina difensiva possa arrivare a ledere i diritti del cittadino all'assistenza e all'accesso alle cure migliori che la prassi medica offre per contrastare la patologia di cui è affetto, in opposizione all'articolo 32 della Costituzione Italiana.

Il consolidarsi della prassi imposta dalla medicina difensiva positiva (ad esempio per l'uso di un maggior numero di strumenti diagnostici, quali esami, radiografie, ecografie, tac, ma anche per il ricorso ad un maggior numero di consulenti, ecc) comporta il rischio di creare forti disservizi nell'offerta sanitaria al paziente, se non altro per l'allungamento delle liste d'attesa e per la maggior difficoltà di poter accedere ai servizi. Inoltre, in presenza di medicina difensiva positiva, è possibile che si vengano a determinare i cosiddetti "effetti iatrogeni", dal momento che non è possibile escludere che attività diagnostiche e terapeutiche abbiano in sé il rischio di eventi offensivi e che procedure non necessarie possano rappresentare inutili rischi per i pazienti. Anche il comportamento omissivo che caratterizza la pratica della medicina difensiva negativa può ridurre la qualità dell'assistenza medica offerta al paziente, non tanto e non solo per l'omissione di soccorso, ma anche e soprattutto per il ritardo imposto al paziente nella diagnosi e nella terapia. Ad esempio, l'allungamento dei tempi per avere una diagnosi può provocare stress emotivi,

prolungamento della sofferenza fisica e peggioramento della malattia. Inoltre, si teme che il consolidarsi delle pratiche di medicina difensiva possa contribuire a inficiare sempre più gravemente i delicati equilibri caratterizzanti il rapporto medico-paziente<sup>48</sup>.

Il rischio ravvisato nell'attuale sistema, dunque, è che possa diminuire il tempo dedicato al rapporto con il paziente, che possa esserci sempre meno compartecipazione e inclinazione medica all'approccio umano, che possano farsi strada povertà di informazioni e mancanza di dialogo con il paziente. Tutto questo, poi, potrebbe conseguentemente corroborare la sensazione di fretta ed estraneità, nonché i sospetti e la sfiducia dei cittadini nei confronti del sistema sanitario<sup>49</sup>.

Naturalmente, il timore è che il focalizzare l'attenzione su aspetti diversi da quelli della tutela della salute del paziente potrebbe rischiare di condurre ad aspetti ancora più deviati del sistema sanità. Come già sottolineato, quindi, la medicina difensiva rappresenta un fenomeno che desta preoccupazione in primo luogo per la salute del paziente, soprattutto nei casi in cui si evitano interventi e procedure a rischio, crea problemi di smaltimento della domanda in quanto ne accresce il volume saturando le capacità di offerta dei servizi, e in particolare ha un costo che incide sul piano della spesa sanitaria pubblica e privata assorbendo risorse che potrebbero essere allocate

---

48 F. INTRONA, *Responsabilità professionale, medica e gestione del rischio*, Riv. It. Med. Leg. 2007, p. 641 ss.

49 Un'altra preoccupazione associata al dilagare della medicina difensiva è che questa possa arrivare ad ostacolare addirittura lo sviluppo del progresso scientifico e tecnologico di certe aree della medicina, maggiormente esposte al fenomeno e, dunque, al rischio di un comprensibile declino di interesse delle nuove leve di professionisti sanitari. Si parla infatti, comunemente, di reparti a maggiore rischio (medicina d'urgenza, chirurgia, anestesia e rianimazione, ortopedia, ginecologia e ostetricia, ecc), caratterizzati da un'incidenza ancora più marcata del contenzioso, con ricadute risarcitorie a volte di grandissima entità. Inoltre, una simile procedura potrebbe addirittura non appartenere al singolo medico, ma estendersi anche alla struttura a vario livello: da scelte mirate di iperspecializzazioni "sicure" di alcuni reparti ospedalieri, alle strategie aziendali di mancata implementazione di settori di cura notoriamente a rischio contenzioso (ostetricia, neurochirurgia, anestesia).

ad altre aree di intervento. La nascita e l'avanzamento di questo fenomeno avviene principalmente in società particolarmente evolute e contraddistinte da benessere socio-economico. Infatti, tende a svilupparsi all'interno di realtà caratterizzate da economie in crescita, da un notevole progresso non solo scientifico e tecnologico, ma anche industriale e organizzativo, proprio perchè la struttura economica deve essere in grado di sostenerne i costi, paradossalmente, in buona parte privi di giustificazione<sup>50</sup>. Proprio a causa del dispendio che comporta, questo fenomeno viene visto sempre più con sfavore.

I costi della medicina difensiva si possono distinguere in diretti e indiretti.

I primi sono quelli derivanti dalla somma dei costi dei singoli interventi classificabili come difensivi, mentre quelli indiretti sono riconducibili ai pagamenti e alle spese che riguardano la tutela assicurativa dei professionisti e delle strutture e i cosiddetti costi-opportunità, ossia quelli relativi alle ore lavoro impiegate per gestire il problema (ricerca dell'assicurazione, pratiche burocratiche ecc.). Risulta, perciò, molto complesso effettuare una stima del costo totale della medicina difensiva. Questo perché ai fini della stima dei costi entrano in gioco fattori economicamente non quantificabili quali la prevenzione di una malattia, il salvataggio di una vita o al contrario conseguenze dannose o peggio la morte del paziente.

Un ulteriore problema che si incontra nella stima dei costi è inoltre, rappresentato dalla scarsità o assenza totale di studi sul fenomeno a livello nazionale e dal fatto che il sistema informativo sanitario non produce, informazioni relative alla quantità degli interventi e procedure di medicina difensiva<sup>51</sup>.

---

50 In tal senso l'intervento del Prof. E.QUADRI al convegno Law and medicine, maggio 2016, Università Federico II, Napoli.

51 M. CATINO, C. LOCATELLI, *Il problema della medicina difensiva nell'urgenza*, Dipartimento di sociologia e ricerca sociale, Università degli studi di Milano-Bicocca, 2010.

Appare quindi, evidente un capovolgimento totale del rapporto medico-paziente.

Sicuramente, come evidenziato, il paternalismo medico aveva delle forti criticità e, soprattutto, non era più in grado di rispondere alle sostanziali esigenze di una società civile particolarmente mutata ma, allo stesso tempo, appaiono evidenti le derive della medicina difensiva.

La ricerca di una collaborazione, la necessità di ricostruire l'alleanza terapeutica tra operatore sanitario e paziente, appare primaria.

Come evidenziato, si tratta sicuramente di un rapporto difficile da edificare, considerato il contesto socio-economico attuale, l'evoluzione della tecnologia anche in campo medico che ha introdotto una distorta concezione di medicina non più come "arte" fisiologicamente incerta, ma come prestazione di risultato; pertanto, la medicina difensiva rappresenta emblematicamente questo pericoloso nuovo fenomeno.

Ma il rischio del dilagare di tale fenomeno è estremo. I pazienti potrebbero non essere adeguatamente curati in quanto "casi difficili" o esposti ad una serie di esami diagnostici inutili e con eventuali effetti iatrogeni; i medici, rischiano di diventare dei burocrati, piegati ai protocolli ed alle linee guida; lievitano i costi della spesa sanitaria senza che l'offerta migliori.

Dunque, le evidenti conseguenze negative della medicina difensiva, giustificano l'acceso dibattito giuridico e non solo, volto a contenere tale deviante pratica al fine di garantire, in maniera precettiva e non solo programmatica, il diritto alla salute ex art.32 della Carta Costituzionale.

#### **IV. Il fondamento normativo, il diritto alla Salute.**

La vita umana, così come l'integrità psicofisica della persona, è un valore tutelato dal nostro ordinamento sia a livello costituzionale, sia a livello legislativo attraverso disposizioni speciali di rango anche sovranazionale.

Determinante in tal senso, in primis, l'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali che riconosce e preserva l'individuo ed i suoi diritti inviolabili. Ma cruciale, tra le fonti è, senza dubbio, l'art. 32 Cost:

*“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”.*

La salute, in quanto indispensabile presupposto per il godimento di tutti gli altri diritti costituzionali, costituisce un diritto fondamentale, tutelato fermamente dalla nostra Carta Costituzionale ex art.32; si tratta di un diritto che, da un lato è massima espressione della libertà personale, dall'altro è annoverato tra i diritti della “solidarietà sociale”<sup>52</sup>e, come sottolineato da autorevole dottrina<sup>53</sup> nella Costituzione Italiana si parla della “dignità sociale” di ciascuno ed il diritto alla salute è sicuramente espressione del principio di autodeterminazione e di dignità del singolo.

Descrivere oggi il ruolo assunto dall'art. 32 Cost. nell'ambito della rivalutazione dei diritti della persona è operazione non facile: questo articolo, infatti, solo di recente è diventato norma cardine dell'ordinamento ed il suo significato - anche per formula generale con cui è compilato - può prestarsi a diverse interpretazioni. La ragione della lunga assenza di questa norma dal panorama dottrinale e giurisprudenziale sono molteplici. Sinteticamente si possono così

---

52 R.BIN-G.PITRUZZELLA, Diritto Costituzionale, Giappicchelli Editore, Milano, 2016, p.583 ss.

53 S.RODOTA', *Il diritto ad avere diritti*, Editori Laterza, ROMA-BARI, 2015

riassumere: in primis, l'art. 32 era originariamente inteso come norma «programmatica», cioè non immediatamente precettiva, in secondo luogo esso non era posto in connessione con l'art. 2, per il quale si potrebbe riprendere il medesimo discorso di riscoperta e «rivitalizzazione» infine, si riteneva che la sua attuazione avrebbe comportato una gravissima incidenza economica nelle strutture amministrative e nei rapporti privati e, pertanto la pregiudiziale economica ne scoraggiava l'applicazione.

Questo approccio è sicuramente evidente nella prima letteratura sul tema. Scarse indicazioni sono offerte dalla manualistica che, se non privilegia gli schemi tradizionali, in base ai quali i cosiddetti diritti «sociali» acquistano un ruolo decisamente minore rispetto ai cosiddetti diritti soggettivi pubblici perfetti, pare circoscrivere la portata normativa dell'art. 32 Cost. alla sola libertà di sottoporsi a cure mediche<sup>54</sup>. Diversamente, altra parte della dottrina descrive il contenuto dell'art. 32 con formule assolutamente equivocate<sup>55</sup> ed inidonee a coglierne il contenuto.

Per comprendere a pieno la portata del diritto alla salute va evidenziato, infatti, il contesto in cui questo matura. L'onorevole Meringhi, in sede di Assemblea Costituente, pose in evidenza che, suddetto diritto doveva essere inteso come espressione della libertà dell'individuo e attributo stesso della persona.

Pertanto, originariamente la concezione del diritto alla salute era esclusivamente individuale. Questa prima tesi, infatti, sosteneva che il diritto alla salute dovesse essere annoverato tra i diritti personalissimi, corollario del diritto alla libertà. Pertanto, solo il singolo poteva disporre e scegliere della propria salute e tale diritto

---

<sup>54</sup> A titolo meramente indicativo si possono consultare le pagine di G. CANSACCHI e R. MONACO, *La Costituzione italiana*, Torino, 1967, p. 48.

<sup>55</sup> Come ad esempio quelle che si leggono in G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1963, p. 377.

ammetteva solo limitate interferenze statuali<sup>56</sup>. Ma va allo stesso tempo posto in rilievo che, nei documenti costituzionali meno recenti (sia quelli che segnano l'alba del costituzionalismo moderno alla fine del settecento<sup>57</sup>, sia quelli di tutto il secolo successivo e della prima metà del novecento), la salute veniva presa in considerazione anzitutto come limite alle libertà individuali, accentuando timidamente questo aspetto di interesse "comune". Questo profilo, infatti, è ben visibile nella stessa Costituzione italiana, in diverse disposizioni. Si pensi, ad esempio, al fatto che si menziona la salute come limite alla libertà domiciliare (nel senso che essa è un motivo che autorizza limitazioni a tale libertà) o si pensi alla libertà di circolazione e soggiorno, ugualmente suscettibile di limitazioni per ragioni legate alla salute (la Carta Costituzionale espressamente prevede il limite per motivi di "sanità": art. 16 Cost.) o anche alla "incolumità pubblica" come limite alla libertà di riunione (per tali motivi può essere vietata una riunione: art. 17 Cost.).

Ma questo approccio particolarmente restrittivo, in realtà non era in grado di cogliere l'aspetto dinamico del diritto alla salute e soprattutto entrava in aperto contrasto con la collocazione topografica che pone, non a caso, l'art. 32 tra i diritti sociali.

Operando dunque, una ermeneusi sistematica, la dottrina costituzionalista ha ben presto posto in evidenza che il diritto alla salute andava inteso in una ottica collettiva.

Pertanto, il primo approccio individualista ha velocemente ceduto il passo ad una concezione sociale della salute<sup>58</sup>: la salute come "interesse della collettività" senza tralasciare però anche una

---

56 L.MONTRUSCHI in Commentario alla Costituzione a cura di G.BRANCA, Bologna-Roma,1976.

57 Il riferimento è ai documenti costituzionali della rivoluzione americana (dalla Dichiarazione dei diritti della Virginia al *Bill of Rights* adottato nella forma di 10 emendamenti alla Costituzione federale degli Stati Uniti del 1787-1789, e tuttora vigente) e della rivoluzione francese (anzitutto la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789).

58 F.GRECO, "Il nocciolo duro del diritto alla salute" in Resp.Civ.2007, p.299 ss.



autentica garanzia di un diritto soggettivo individuale. La considerazione della duplicità degli interessi, è chiaramente operata in anni più recenti<sup>59</sup> nel senso che «la prima fattispecie qualifica l'ordinamento giuridico vincolando le fonti di produzione alla realizzazione di un determinato indirizzo politico», mentre la seconda «istituisce separatamente dalla prima (non occasione di questa) un diritto soggettivo» al fine di proteggere questo «interesse primario della persona e della collettività». Per tale ragione occorre delineare i rapporti che esistono tra diritto alla salute e libertà giuridiche fondamentali e, in particolare, tra art. 32 e art. 2 Cost. È qui che, per la prima volta, si opera il collegamento tra queste direttive fondamentali della Costituzione. Si è parlato di diritto alla salute (*rectius*, alla tutela della salute) come diritto «sociale<sup>60</sup>». Ma questa connotazione appare del tutto negativa e da respingere. Tra l'altro evoca una categoria di posizioni giuridiche di assai incerta natura, connesse come sono allo «Stato Sociale», di cui si è di recente decretata l'inconsistenza<sup>61</sup>. Da superare dunque – come si è anticipato – è la tesi di coloro che ritenevano l'art. 32 norma meramente programmatica<sup>62</sup>. Questa tesi che taluno ha bollato come ignominiosa, a seguito delle note sentenze della Corte costituzionale, non ha più ormai ragione di esistere<sup>63</sup>.

Lungi dall'esprimere una direttiva meramente programmatica, confermando una realtà giuridico-sociale già esistente nello stato moderno, l'art. 32, collocato nell'ambito dei rapporti etico-sociali,

---

59 Eloquentemente interprete di questo mutato approccio P. Tesaro in *L'azione sanitaria nel quadro delle libertà costituzionali del cittadino* in Rass. Amm. San., 1972, 1 e seg.

60 M. ANGELICI, *Principi di diritto sanitario*, vol. I, parte generale, Milano, 1974, p. 53 e ss.; R. ALESSI, in *L'amministrazione sanitaria*, 1967, 24; E. MICCOLI, (Ibid., 1967, 25); M. PALMIERI, *Tutela della salute e libertà della persona*, Roma, 1965, p. 14.

61 Massimo Severo Giannini, *Istituzioni di Diritto amministrativo*, Milano, 1982.

62 S. LESSONA, *Salute pubblica e diritto sanitario* (Tentativo di chiarire le idee) (Riv. sanit., 1962, 7 e s.); A. GRECHI, *La Costituzione italiana con la giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Firenze, 1965, p. 82 e s.; e soprattutto, C. CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, Torino, 1971, p. 211.

63 G. ALPA, *op.cit.*

non è per questo tale da doversi considerare meno rilevante di altri principi contenuti nei diritti fondamentali o nella disciplina dei rapporti economici ed esprime piuttosto una garanzia costituzionale di un diritto che ha «preciso valore giuridico e immediata operatività». Inteso come norma destinata a tutelare un «diritto di solidarietà volto a salvaguardare in tutti l'idoneità fisica soggettiva a godere delle libertà giuridiche per il proprio ed il comune perfezionamento», l'art. 32 Cost. pone infatti soltanto le premesse per la fondazione di un sistema organico di istituti e di provvidenze dello Stato a favore di ogni individuo e assolve il ruolo di garanzia costituzionale del diritto a non sottoporsi a misure sanitarie coattive (come la generalità della dottrina tende a credere, operando una manifesta riduzione del ventaglio delle direttive previste dall'art. 32 Cost.); istituisce soprattutto un nuovo e preciso diritto fondamentale dell'individuo che si riassume in termini di «diritto alla salute». E il combinato disposto dell'art. 2 e dell'art. 32, 1° co. dimostra per chiari segni come il legislatore costituente non si sia preoccupato soltanto di stabilire, con formule ampie e generiche, il diritto dei singoli ad un normale e completo svolgimento della personalità nell'ambito delle «formazioni sociali», ma ha poi provveduto a specificare il contenuto di quei diritti inerenti allo sviluppo della personalità che non si esaurisce nella definizione legislativa delle libertà civili, ma si estende ancora a ricomprendere i cosiddetti diritti personalissimi, tra i quali, in primo luogo occorre identificare il diritto alla salute.

È proprio in questa prospettiva che si colloca la «riscoperta» dell'art. 32 Cost. Considerato nel suo aspetto negativo, il diritto alla salute si traduce quindi in un diritto (a pretendere dallo Stato determinate attività a tutela della salute, e anche) a pretendere dai consociati la cessazione o la modificazione di ogni attività interferente con tale diritto ed eventualmente lesiva di esso. Il diritto alla salute di cui

all'art. 32 si può pertanto considerare come un diritto – cui si offre garanzia costituzionale – a mantenere intatta la propria integrità fisica; e quindi come un incisivo limite alle attività imprenditoriali (e non) che quel bene tendono a sacrificare<sup>64</sup>.

Ma questa impostazione non è solo nazionale ma comunitaria. Questo approccio, infatti, traspare anche nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950<sup>65</sup>, la quale configura la salute come limite alla libertà personale (art. 5 lett. e), alla libertà di espressione (art. 10, 2° co.) e alle libertà di riunione e di associazione (art. 11, 2° co.).

A questa dimensione della salute come interesse collettivo (cui corrisponde più un dovere di essere sani che un diritto alla salute) si affiancano due dimensioni, *in primis*, il diritto alla integrità psico-fisica, che in molti casi è ritenuto protetto – oltre che dal diritto civile<sup>66</sup> – anche dalla tutela più generale della libertà personale (ad es. l'art. 13 della Costituzione italiana); in seconda battuta, il diritto all'assistenza sanitaria, che affiora a livello costituzionale con la nascita dello Stato sociale nella prima metà del novecento con la conseguente costituzionalizzazione dei diritti sociali (a partire dall'art. 161 della Costituzione tedesca di Weimar del 1919<sup>67</sup>, ma si consideri anche l'art. 38 della nostra Costituzione<sup>68</sup>).

---

64 G. ALPA, *La responsabilità civile - Seconda edizione*, Milano, 2017, p.268 ss.

65 Si tratta del documento giuridico che forse più di ogni altro ha influenzato l'evoluzione della cultura dei diritti in Europa nell'ultimo mezzo secolo. Al riguardo si v. il quadro sintetico di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001.

66 Ad es. art. 5 del Codice civile italiano del 1942 (divieto degli atti di disposizione del proprio corpo). Il diritto civile da un lato e il diritto amministrativo (in particolare il ramo rappresentato dal diritto sanitario) sono state le sedi disciplinari nelle quali i problemi della tutela giuridica della salute sono stati studiati sino ad alcuni decenni or sono. Al riguardo v. la sintesi di G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Maggioli, Rimini, 2003.

67 G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, XI ed., Stilke, Berlin, 1930, p. 635-636.

68 Su cui v. da ultimo l'ottima sintesi di L. VIOLINI, *Art. 38*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, Utet, Torino, in corso di pubblicazione.

Dunque, possiamo affermare che, attualmente, la dottrina Costituzionalista<sup>69</sup> è piuttosto concorde nel considerare il diritto alla salute sia in termini di diritto individuale sia in termini di diritto collettivo.

Oggi, la prospettiva complessiva in cui collocare la questione della “tutela della salute”, si articola in due dimensioni: la salute come diritto di libertà e come diritto sociale<sup>70</sup>.

I diritti di libertà e i diritti sociali sono due tipi di diritti retti da logiche profondamente diverse<sup>71</sup> e discendenti, in fondo, da concezioni dello Stato e dell'uomo almeno a prima vista antitetiche.

Nei diritti di libertà, infatti, l'individuo chiede allo Stato essenzialmente di astenersi e con l'astensione dello Stato (e ovviamente anche dei terzi, singoli e gruppi) la libertà risulta tutelata, poiché il titolare di essa può scegliere liberamente come utilizzare lo spazio che viene lasciato libero dal diritto. Il singolo ha quindi a disposizione la facoltà di scelta dell'esercizio (in positivo o in negativo) della libertà.

Nei diritti sociali<sup>72</sup> abbiamo invece una logica del tutto opposta: il cittadino chiede allo Stato di intervenire e di garantire una prestazione, ovvero di fornire un servizio, che può essere l'assistenza sanitaria, l'istruzione, la messa a disposizione di una abitazione, ecc. Lo Stato liberaldemocratico contemporaneo, soprattutto in Europa, si basa sulla contestuale garanzia dei due tipi di diritti, che in molti casi si intrecciano fra di loro, al punto che diventa problematico distinguerne i profili. Ed è quanto accade, nel diritto alla salute<sup>73</sup>.

---

69 Tra i tanti BIN, PITRUZZELLA, BARBERA, *Manuale Di Diritto Costituzionale*.

70 S. RODOTÀ, op.cit.

71 P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 274 ss.

72 A tali diritti è dedicata una copiosa letteratura recente di diritto costituzionale. Si v. ad es. B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999.

73 Ciò non significa, però, che la distinzione da cui abbiamo preso le mosse divenga per ciò solo irrilevante, come spesso si sostiene. Essa conserva una grande

L'art. 32 Cost. inoltre, sancisce un diritto assoluto e soprattutto universale, infatti, i soggetti titolari del diritto alla salute per il nostro ordinamento, sono "tutti", vale a dire ogni cittadino e ogni straniero che si trovi, anche temporaneamente (e persino illegittimamente) sul territorio italiano. Ciò non accade, secondo la nostra legge fondamentale, per tutti i diritti, ma solo per alcuni di essi, per i quali la Costituzione non restringe il riconoscimento ai soli cittadini<sup>74</sup>. La tutela del diritto del cittadino alla salute si estende ai cittadini italiani residenti all'estero. Pertanto, appare evidente la necessità di una tutela trasversale del diritto alla salute, non a caso fioriscono anche le organizzazioni internazionali che intervengono a tutela dello stesso<sup>75</sup>. Il diritto alla salute, di contro, implica anche- come corollario- il diritto all'assistenza sanitaria. La protezione della salute, infatti, si concretizza anche nel diritto ad accedere alla prevenzione sanitaria e ad ottenere cure mediche (come peraltro espressamente previsto anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) che, per gli indigenti, per espressa previsione costituzionale, devono essere gratuite.

Pertanto, quando si parla di diritto sociale si ricollega la salute non solo all'essere/benessere del singolo, ma anche ad un interesse collettivo della società, ossia quello di non subire conseguenze negative da situazioni igienico-sanitarie non controllate, che potrebbero portare alla diffusione di malattie contagiose o epidemie, infatti, in questi casi, lo Stato può limitare il diritto individuale al fine di perseguire l'interesse collettivo imponendo trattamenti sanitari obbligatori. Pertanto, l'art.32 Cost. è chiaramente sia norma programmatica che impegna il legislatore su molteplici piani

---

utilità, anzitutto a scopo analitico.

74 Anche in tali casi, tuttavia (ad es. la libertà di riunione e di associazione) il riconoscimento del diritto ai soli cittadini non produce come conseguenza che gli stranieri non si vedano riconosciuto tale diritto: solo esso non potrà essere desunto dalla disposizione costituzionale in quanto tale.

75 Va sottolineato, infatti che la definizione del diritto alla salute è proprio quella elaborata dall'OMS.

(ricerca, sperimentazione, amministrazione, organizzazione) sia norma precettiva in quanto il cittadino vanta nei confronti dello Stato un vero e proprio diritto soggettivo alla tutela della propria salute. La Costituzione Italiana sotto questo profilo è d'avanguardia. Infatti è l'unica Costituzione- tra quelle contemporanee- che ha compiutamente disciplinato il diritto alla salute sotto il profilo sociale ed individuale<sup>76</sup>.

Imprescindibile per l'indagine, la nozione di salute.

Va premesso che il concetto di salute è polisemantico e, forse per questa ragione, è stato oggetto di una evoluzione sia nei vari momenti storici, sia negli ordinamenti dei diversi stati. Non a caso, nell'attuale stato di diritto, come già evidenziato, il concetto di salute si è trasformato da "bene" individuale (necessità del singolo di essere curato), a "bene" collettivo (interesse della comunità ad avere individui sani), con un relativo adattamento dell'atteggiamento delle Istituzioni verso la questione sanitaria. Parallelamente, anche il ruolo dello Stato è cambiato, passando da un ruolo meramente assistenzialistico, a gestore esclusivo della sanità con precisi doveri di intervento, fino a mero controllore del sistema sanitario.

La definizione più corretta -come sottolineato dalla dottrina è probabilmente quella elaborata nella Conferenza Internazionale della Sanità <sup>77</sup> e fatta propria anche dall'Organizzazione Mondiale della Sanità ovvero *“uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale che non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità”*.

---

<sup>76</sup> MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione Italiana*, Milano, 1972  
Determinante è stata come sottolineato dall'A. una pronuncia della Corte Costituzionale che nel 1979, ha ribadito che la salute è "un diritto individuale fondamentale, primario ed assoluto, da inquadrare tra quelle posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione non solo ai sensi dell'art. 32 ma anche ai sensi dell'art. 2 Cost."

<sup>77</sup> Conferenza Internazionale della Sanità New York, 1946

È evidente, da questa definizione di salute che si sia fatta strada una nuova concezione di questo diritto e di conseguenza un nuovo ruolo dello Stato necessariamente attento alla prevenzione e alla limitazione delle situazioni di non-benessere non solo in una ottica individuale ma anche in quella collettiva.

L'art. 32, secondo comma, della nostra Costituzione, infatti, recita: *"Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana"*. Il nostro ordinamento giuridico quindi, prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori solo nel caso in cui vi sia una legge *ad hoc*; le ipotesi sono quelle della vaccinazione antitetanica (l. 5 marzo 1963, n.292), antidifterica(l. 20 marzo 1968, n.419) e antipoliomielitica( l.4 febbraio 1966,n.51). La necessità di vincolare tramite una legge tali trattamenti sanitari, nasce dalla considerazione che essi riguardano malattie letali o gravemente invalidanti, anche contagiose, che è indispensabile sradicare completamente. Oggi, infatti, il rischio di contrarre malattie di tal genere è minimo.<sup>78</sup> Ma se è indubbio che l'immunoprofilassi è uno degli strumenti più efficaci di cui dispone la medicina occidentale, è altrettanto incontestabile che, come tutti i farmaci, anche i vaccini, inclusi nella categoria dei farmaci naturali, possono cagionare reazioni avverse anche molto gravi seppur in percentuali assai esigue. Gli "inconvenienti vaccinali" possono essere legati a cause diverse: la tossicità normale del vaccino, confezioni difettose o conservazioni del vaccino errate, anormale reattività individuale; è necessario, dunque, valutare il pericolo legato agli effetti collaterali. L'antipolio, può causare paralisi flaccida, l'antidifterica e antitetanica possono causare ipersensibilità e *shock* anafilattico; fortunatamente, effetti iatrogeni così gravi ricondotti alle vaccinazioni obbligatorie,

---

78 P.CENDON, *I bambini e i loro diritti*, Bologna, 1991, pag 267 ss.

sono assai rari, corrispondono circa allo 0,2-0,4% dei casi<sup>79</sup>. Dunque, malgrado i migliori sistemi di sicurezza impiegati nella somministrazione e produzione dei vaccini, le reazioni avverse restano ineliminabili; di qui l'efficace allegoria dei vaccini come "armi a doppio taglio", da un lato, strumenti per eradicare gravi malattie, dall'altro, "non assolutamente" sicuri.<sup>80</sup> Questi rischi ineliminabili hanno alimentato, anche a livello internazionale, sentite critiche; infatti, si pone in rilievo che nelle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori, si espone per legge un soggetto sano ad un rischio di danno, statisticamente remoto, ma comunque presente, allo scopo di proteggere lui e la collettività da un danno meramente potenziale. Possiamo dire, comunque, che in linea generale il vaccinato, in termini di probabilità, trae molti più vantaggi che non rischi, dalla vaccinazione. Esistono tuttora, nutriti e dubbi soprattutto in merito alla natura di alcuni vaccini<sup>81</sup> e la questione è di recente stata oggetto di indagine anche per un eventuale conflitto Stato-Regione<sup>82</sup>. Quello che è evidente e che per la questione relativa alle vaccinazioni obbligatorie, è assolutamente necessario operare un sapiente bilanciamento tra due dimensioni, quella individuale e quella collettiva, che sono poi in realtà le due facce del diritto alla salute.

Esaminando il diritto alla salute nella sua dimensione di libertà, invece, possiamo osservare che esso si articola in vari profili, dai quali risulta confermato che quella di diritto alla salute è più che mai

---

79 PCENDON, *op.cit.* pag 268.

80 C.DONISI, *La disciplina delle vaccinazioni obbligatorie al vaglio della Corte costituzionale* in *Fides Humanitas Ius, studi in onore di Luigi La Bruna*, Napoli, pag 1578 ss.

81 Determinante, in tal senso, è il caso "Morupar" un vaccino trivalente (per la profilassi del morbillo, rosolia e parotite) ritirato nel 2001 su disposizione del Ministero della Salute, a causa di un conservante mercuriale presente nelle confezioni monodose. Vedi in AGENZIA ITALIANA DEL FARMACO, ISTITUTO SUPERIORE DELLA SANITA', MINISTERO DELLA SALUTE, *Informazioni sul vaccino Morupar* 16 marzo 2006. *Comunicazione per operatori sanitari*.

82 Sono 69 nell'anno 2017 i ricorsi presentati dal Governo contro i piani vaccinali di alcune Regioni Italiane.



una “posizione giuridica soggettiva complessa”<sup>83</sup>, o, meglio ancora, una “nozione di sintesi”<sup>84</sup>. Va da subito precisato che le prime due dimensioni, cui andremo ad accennare, riguardano la salute in senso *statico*, come libertà vera e propria, mentre le altre quattro inseriscono tale libertà all’interno della *relazione* fra il singolo, nel ruolo del paziente, e il soggetto curante (medico e strutture - private o pubbliche - in cui la cura viene erogata). In questo secondo contesto, la tutela della libertà della salute si trasfigura nel principio di autodeterminazione del paziente questione cara alla dottrina civile.

Dunque il diritto alla salute in materia civile ha avuto rilievo soprattutto sotto due profili: quello della integrità psico-fisica e quello all’ambiente salubre.

Per quanto riguarda l’integrità psico-fisica è una dimensione centrale per la tutela della salute, che pure non si esaurisce in essa. Dagli anni settanta i giudici ordinari prima e la Corte Costituzionale poi, hanno individuato una prospettiva di tutela dell’integrità psico-fisica nella forma della risarcibilità diretta ed autonoma del “danno biologico”, sulla base del combinato disposto degli art. 32 della Costituzione e 2043 del codice civile. Con la storica sentenza n. 88 del 1979, la Corte costituzionale ha precisato che l’articolo 32 tutela la salute “non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto dell’individuo”, che “si configura come un diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati ... da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione”<sup>85</sup>.

Per quanto riguarda invece il diritto all’ambiente salubre va precisato che la tutela della salute individuale si estende alla tutela

---

83 B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, op.cit., p. 25.

84 M. LUCIANI, *Salute*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 2016.

85 M. BIANCA, *Diritto civile*, parte V, Giuffrè, Milano, 2012

dell'ambiente<sup>86</sup> in cui il diritto alla salute viene esercitato. Il danno arrecato all'ambiente – ad esempio con l'inquinamento – potrebbe riverberarsi in un pregiudizio immediato all'integrità psico-fisica. In questo caso, peraltro, a differenza di quello del danno diretto alla salute, è spesso più problematico individuare il nesso causale fra il danno e l'azione che lo procura e definire i soggetti danneggiati, con la conseguenza che la risarcibilità diretta appare spesso più problematica. Una frontiera recente di questo profilo del diritto alla salute, inteso come diritto ad un ambiente salubre, è quella della tutela contro le emissioni elettromagnetiche, nonché le immissioni di fumo e calore che la giurisprudenza ha inteso disciplinare attraverso una interpretazione -per certi versi analogica- dell'art.844 c.c.

Ma senza dubbio, la questione centrale in materia di diritto alla salute è quella relativa alla disponibilità o indisponibilità del diritto stesso, soprattutto nella sua dimensione di diritto all'integrità fisica. La natura di diritto di libertà dovrebbe condurre a ritenere il diritto indisponibile e dunque a vietare – o, quantomeno, a non rendere possibili con l'ausilio di strutture sanitarie pubbliche e/o private – trattamenti sanitari che conducano a menomazioni permanenti di tale integrità, ma la considerazione di valori ulteriori alla propria integrità fisica (il benessere più complessivamente inteso; esigenze varie di solidarietà e di salvaguardia della vita altrui) conduce normalmente a ritenere leciti trattamenti sanitari che producano menomazioni permanenti dell'integrità fisica motivati da tali esigenze, se ad essi il soggetto interessato si sottoponga volontariamente. Si collocano in tal senso i problemi relativi alla sterilizzazione<sup>87</sup>, del mutamento di sesso e del trapianto di organi fra persone viventi, che hanno contribuito a ricollocare il problema del

---

86 B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2002.

87 G. GEMMA, *Ancora su sterilizzazione e diritti costituzionali*, in *Diritto e società*, 2002. Dal punto di vista penalistico v. fra gli altri DEL RE, *Sterilizzazione volontaria: non lesione, lesione giustificata o delitto?*, in *Giustizia penale*, 1980, II, 52.

divieto di atti di disposizione del proprio corpo contenuto nell'art. 5 del codice civile, imponendone una rilettura alla luce del principio di autodeterminazione<sup>88</sup>.

Il riconoscimento all'individuo del diritto fondamentale alla salute, da intendersi come libertà e non come dovere, comporta che il singolo possa scegliere di non curarsi, con il solo limite di gravi interessi della collettività, che possono giustificare - sulla base di una previsione legislativa e nel rispetto della persona umana - i trattamenti sanitari obbligatori (o addirittura coattivi). Fra i motivi per i quali può aver luogo il rifiuto di curarsi di rilievo sono quelli di carattere religioso <sup>89</sup> che impongono all'interprete un bilanciamento tra due diritti entrambi costituzionalmente tutelati<sup>90</sup>. Ma senz'altro il punto estremo del diritto ad essere curato è il diritto a lasciarsi morire, dunque ad interrompere i trattamenti sanitari "salva-vita".

La questione, che è per anni stata al centro del dibattito giuridico ed etico, ha trovato una recente risoluzione con l'approvazione della legge sul biotestamento. La legge 2801/2017 infatti, per la prima volta, disciplina in maniera puntuale le dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) consentendo al malato, affetto da una malattia degenerativa, di disporre anticipatamente del trattamento sanitario ovvero di scegliere la cura alla quale intende sottoporsi e anche di rifiutare eventuali trattamenti. La legge rappresenta una

---

88 B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 51.

89 Su questo problema v. fra gli altri SANTILLI SUSINI, *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1977.

90 La questione assume poi uno spessore ulteriormente problematico nel caso in cui i soggetti da curare siano minori e il consenso alle cure debba pertanto essere espresso dai genitori o dagli esercenti la patria potestà. Mentre infatti per i maggiorenni il diritto all'autodeterminazione giustifica la prevalenza del diritto alla libertà religiosa su quello alla cura, per i minori invece, il dibattito è ancora aperto e tuttora il diritto alla salute è inteso in termini di prevalenza rispetto alla libertà religiosa mancando nel minore la capacità di autodeterminarsi. In relazione ai Testimoni di Geova e alle trasfusioni di sangue infatti, ormai la giurisprudenza è concorde nell'escludere la pratica trasfusionale laddove il paziente, adeguatamente informato, esprima un dissenso attuale ed esplicito al trattamento sanitario.

svolta epocale in materia, esalta il principio di autodeterminazione del paziente e soprattutto garantisce il diritto alla salute inteso come diritto del singolo alla cura ma anche al rifiuto della cura<sup>91</sup>. Attraverso suddetto intervento normativo, infatti, si mette al bando il “dovere di vivere” e si consente al singolo paziente di scegliere il trattamento sanitario più adeguato alla propria persona.

Dunque, il diritto alla salute, diritto collettivo ed individuale, che i padri Costituenti hanno inteso garantire nella sua massima estensione, è tuttora al centro del dibattito giuridico- ne è emblematica testimonianza la legge sul biotestamento - probabilmente perché è un corollario dell'individuo ed in un sistema giuridico antropocentrico, come il nostro- stante l'avanzamento tecnologico inarrestabile in materia sanitaria- la concezione di salute non può che risultare, tuttora, in continuo divenire.

Altra espressione del diritto alla salute è, inoltre, il diritto ad esprimere consenso alle cure (consenso informato) acquisizione recente del diritto alla salute, oggetto di una articolata disciplina da

---

91 La Costituzione Italiana, attraverso il riferimento congiunto alla libertà e alla dignità, fa continuamente dialogare questi due elementi e anzi, consente che dialoghino libertà ed eguaglianza, al fine di garantire una libertà non astratta, un'eguaglianza non formale, ma riferita alla condizione effettiva della persona. Ruolo cruciale nella evoluzione della concezione di individuo come *homo dignitus* è assolto storicamente dal processo di Norimberga in cui avviene una vera rivoluzione, che si può definire la rivoluzione del consenso informato. Di fronte all'orrore della sperimentazione sulle persone, la comunità scientifica scrive nel 1946 quello che viene definito il «codice di Norimberga», che si apre con le parole: «Il consenso della persona è essenziale». Da quel momento in poi nessuno, almeno dal punto di vista della regola della civiltà giuridica, può mettere le mani su un altro senza il suo consenso, neppure il medico, neppure con l'intenzione, assolutamente apprezzabile, del fare il bene dell'interessato; proprio perché attraverso mille motivazioni il corpo era stato violato, la dignità era stata negata, si è detto che «non si può mai prescindere dalla volontà della persona e dal suo consenso». In quel momento nasceva un nuovo soggetto morale, perché fino ad allora il nostro corpo, la nostra vita nella dimensione della salute era stata oggetto del potere discrezionale del terapeuta, del medico, che stabiliva lui se, come e quando curare: in quel momento il potere detenuto dal medico è invece trasferito alla persona che può rifiutare, gesto estremo, anche le cure; e comunque è alla sua libera determinazione, al suo consenso, che viene affidata la possibilità che altri intervengano su di lui, con il limite dell'art. 32 della Costituzione, «neppure la legge può prevedere interventi che violino il rispetto della persona umana» S.RODOTA', *op.cit.*

parte della Convinzione di Oviedo sulla biomedicina. Nella Costituzione italiana il consenso informato trova fondamento proprio nell'art. 32, 2° comma, sui trattamenti sanitari obbligatori ed ora trova espresso riferimento normativo ex L.2801/2017 (Legge sul Biotestamento). Il principio di autodeterminazione nella tutela della salute, infatti, richiede che il paziente sia informato sulle cure cui viene sottoposto. Solo sulla base di una adeguata informazione è possibile l'esercizio di scelta e l'espressione del consenso. Ciò naturalmente non esclude che si possano ravvisare casi che danno luogo ad eccezioni (specie laddove non si proceda a cure), ma in tali casi la completa informazione non dovrebbe comunque mancare, sia pure nei confronti dei congiunti del malato (qualora le condizioni fisiche e/o psichiche di quest'ultimo rendano controproducente una completa informazione).

Questo assetto delle relazioni medico-paziente muove dall'idea di fondo che tale rapporto sia essenzialmente asimmetrico, ovvero che in esso esista – come nel rapporto di lavoro fra datore di lavoro e lavoratore – un *soggetto debole*, cui l'ordinamento giuridico fornisce una tutela rafforzata, richiedendo espressamente il suo consenso e non limitandosi, in generale, a questo<sup>92</sup>. Ed è proprio questo rapporto di asimmetria-secondo alcuni- una delle cause del dilagante e patologico fenomeno della medicina difensiva a cui la L. Gelli-Bianco ha tentato di porre rimedio.

Il rapporto fra diritto e salute, come evidenziato non è cristallizzato una volta per tutte. L'evoluzione delle conoscenze e delle strumentazioni disponibili pone nuove sfide al diritto come tecnica di regolazione dei possibili conflitti fra interessi contrastanti.

---

92 G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Rivista Critica di Diritto privato*, 1998, n. 1-2, p. 37 ss. (a p. 39-40).

L'evoluzione delle conoscenze mediche e biologiche ripropone il problema di interessi collettivi idonei a limitare la libertà individuale, che la concezione della salute come libertà ha progressivamente portato in primo piano negli scorsi decenni. La domanda è oggi se esistano condizioni, beni e valori che consentono di limitare la libertà di autodeterminazione, intesa come forma prioritaria del diritto alla salute, nelle sue diverse proiezioni. D'altro canto, connesso con il diritto alla salute è quello della precisa estensione della libertà di ricerca (che la Costituzione italiana garantisce negli art. 9 e 33), la quale, in campo medico, può essere ritenuta per certi aspetti strumentale al diritto alla salute e quindi essere in un certo senso rinforzata dalla tutela costituzionale di entrambi i diritti, ma che per altri aspetti si contrappone alla tutela della persona e della dignità umana nella misura in cui si traduce in attività di sperimentazione che coinvolgono il bene vita.

A questo proposito, dal punto di vista giuridico, la frontiera è appunto quella della tutela della dignità umana, che consente, fra l'altro, di offrire protezione giuridica anche a interessi che non si accentrano specificamente in capo a singoli individui.

In generale si può osservare che nella vicenda storica del diritto alla salute si può percepire, in tutta la sua enorme portata, il rovesciamento del rapporto fra diritti del singolo e interessi della collettività, che è il riflesso della rivoluzione nel rapporto cittadino/Stato e libertà/autorità avviato dalle grandi rivoluzioni della fine del settecento, ma compiutamente realizzato solo dalle Costituzioni (specie europee) del secondo dopoguerra. Il quesito da porsi oggi è se non sia necessario riequilibrare la cultura dei diritti individuali con una dimensione di solidarietà e di responsabilità, che nelle questioni mediche e "bioetiche" si pone in maniera sempre più evidente. In fondo, occorre prendere atto che - anche in questo

settore – i diritti hanno un “costo”. Nel caso dei diritti in campo bioetico, il costo ha natura prevalentemente non economica, ma attiene allo stesso valore dell’uomo e dell’umanità come *quid* dotato di valore supremo e mai riducibile ad oggetto. Ogni ragionamento (tanto etico, quanto giuridico-costituzionale) sui diritti in questa delicata area deve farsi carico di questo “costo” in termini semplicemente umani. La categoria giuridica – ma ancor prima etica e, in senso più ampio, culturale – con cui leggere questi problemi mi sembra sia quella della dignità umana. La *dignitas* – la quale impone che l’uomo, a differenza degli altri esseri viventi, non può mai essere considerato come un semplice mezzo, ma solo e sempre come un fine<sup>93</sup> – in questa prospettiva, si configura sia come nucleo dei diritti fondamentali, sia come limite all’esercizio di altri diritti, per la tutela di beni che talora non sono collocabili direttamente in capo a soggetti pienamente in grado di autodeterminarsi, ma fanno riferimento più genericamente a soggetti deboli e ad esseri umani in formazione (l’embrione<sup>94</sup>, il feto) o, in maniera ancor più rarefatta dal punto di vista soggettivo, a ciò che è umano pur non essendo riconducibile ad un soggetto (si pensi ai problemi delle ricerche sul genoma umano<sup>95</sup>, delle manipolazioni genetiche<sup>96</sup> o della clonazione<sup>97</sup>).

Riedificando il sistema giuridico tedesco all’indomani della tragedia nazista, la Legge fondamentale di Bonn (ovvero la Costituzione

93 Si v. I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), tr. a cura di Mathieu V. Rusconi, Milano, 1994, p. 141.

94 Si v. ad es. G. AMATO, *I diritti dell’embrione*, in *Liberal*, 24 marzo 1997, p. 3 ss.; L. FIORENTINI, *Profili civilistici sulla natura giuridica dell’embrione*, in *Legalità e giustizia*, 2003, p. 149 ss.; J. IPSEN, *Zur Zukunft der Embyonenforschung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, n. 5, p. 268 ss.; C. WAGNER, *EU-Förderung der Embyonenforschung?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, n. 917 ss.

95 M. HERDEGEN, *Die Erforschung des Humangenoms als Herausforderung für das Recht*, in *Juristenzeitung*, 2000, n. 13, p. 633 ss.

96 Cfr. ad es. F. DI MARZIO, *Manipolazioni genetiche della vita umana. Legittimazione e possibilità del discorso giuridico*, in *Riv. Critica di Diritto privato*, 2003, p. 521 ss.; H. HOFMANN, *Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im Rechtsfreien Raum?*, in *Juristenzeitung*, 1986, n. 6, p. 253 ss.

97 Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Is there a Constitutional Right to Clone?*, in *Hastings Law Journal*, July 2002, p. 989 ss.

tedesca) ha scelto di iniziare il proprio articolato con la solenne dichiarazione per cui “la dignità umana è inviolabile. Rispettarla e tutelarla è dovere di ogni potere pubblico” (art. 1, 1° comma). Oltre mezzo secolo dopo, la Carta dei diritti dell’Unione europea si apre anch’essa con una dichiarazione analoga, sulla inviolabilità della dignità umana, che la Carta di Nizza tenta oltretutto di “vertebrare”, individuandone espressamente talune proiezioni (art. 1-5, ora art. da II-1 a II-5 della Costituzione europea)<sup>98</sup>. Ma il concetto di dignità

---

98 Sia consentito rinviare a M. OLIVETTI, *Articolo 1*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2001. La letteratura giuridica sulla dignità umana è ormai molto articolata, soprattutto nella cultura giuridica tedesca. Solo a titolo esemplificativo, si v. P. BADURA, *General prevention und Würde des Menschen*, in *Juristenzeitung*, 1964, p. 337 ss.; E. BENDA, *Gefährdungen der Menschenwürde*, Westdeutsche Verlag, Opladen, 1975; C. ENDERS, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Mohr, Tübingen, 1997; P. HÄBERLE, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Müller, Heidelberg, 1987, p. 816 ss.; H.C. NIPPERDEY, *Die Würde der Menschen*, in F.L. NEUMANN, H.C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER, *Die Grundrechte*, vol. II, Berlin, Duncker & Humblot, 1954; G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956; HÄBERLE P., *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in ISENSEE J., KIRCHHOF P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Müller, Heidelberg, 1987, p. 816 ss.; E. FECHNER, *Menschenwürde und generative Forschung und Technik*, in *Juristenzeitung*, 1986, 653 ss.; T. GEDDERT-STEINACKER, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990; B. GIESE, *Das Würde-Konzept*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975; H. TROCKEL, *Menschenwürde und medizobiologische Forschung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, 217 ss.; K. STERN, *Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte*, in *Festschrift für Scupin*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, 627 ss.; W. HÖFLING, *Die Unantastbarkeit der Menschenwürde*, in *Juristische Schulung*, 1995, p. 857 ss.; W. MAIHOFFER, *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1968; VITZHUM W.G., *Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, in *Juristenzeitung*, 1985, p. 249 ss.; VITZHUM W.G., *Gentechnologie und Menschenwürde*, in *Medizin und Recht*, 1985, p. 249 ss.; VITZHUM W.G., *Gentechnologie und Menschenwürdeargument*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1987, p. 33 ss.; A. VERDROSS, *La dignité de la personne humaine comme base des droits de l'homme*, in *Festschrift für W. Kägi*, Schulthess, Zürich, 1979, p. 415 ss.; B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La documentation française, Paris, 1999; M.A. ALEGRE MARTÍNEZ, *La Dignidad de la Persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de Leon, Leon, 1996; H. MOUTOUH, *La dignité de l'homme en droit*, in *Revue de Droit Public*, 1999, p. 159 ss.; O. SCHACHTER, *Human Dignity as a normative concept*, in *American Journal of International Law*, 1983; B. JORION, *La dignité de la personne humaine*, in *Revue de Droit Public*, 1999, p. 201ss.; F. SCHORKOPF, *Die EuGH und die Menschenwürde*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, n. 34; E. PICKER, *Menschenwürde und Menschenleben*, Verlag Klett-Cotta, Stuttgart 2002, p. 219 ss.; F. HUFEN, *Erosion der Menschenwürde?*, in *Juristenzeitung*, 2004, n. 7, p. 313 ss.; T. FINGER, P. MÜLLER, *„Körperwelten“ im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Menschenwürde*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, n. 15, p. 1073 ss. Si v.



umana si è gradualmente diffuso in varie Costituzioni (europee ma non solo), nella legislazione, nelle decisioni dei giudici (costituzionali<sup>99</sup> ed ordinari) ed in una copiosa serie di documenti giuridici internazionali. E' questa la visuale sulla quale deve incedere la regolazione e il bilanciamento giuridico dei diritti fondamentali ed in particolare del diritto alla salute.

Infine, non va trascurato il fatto che del diritto alla salute, in quanto diritto fondamentale dell'individuo, devono essere garantiti i "livelli essenziali". Il nostro ordinamento giuridico, infatti è tenuto in virtù dell'art. 32 Cost. a garantire cure gratuite agli indigenti, ogni anno, pertanto, la commissione LEA<sup>100</sup> aggiorna questo livello indicando precisamente le cure gratuite e quelle garantite mediante il pagamento del ticket. All'interno dell'ultimo aggiornamento, sono state introdotte una serie di procedure diagnostiche e terapeutiche ad elevato contenuto tecnologico<sup>101</sup> ed è stata garantita la cura anche per una moltitudine di malattie croniche e gravi, per le quali, in altri paesi europei è tuttora escluso l'onere a carico del servizio sanitario nazionale.

In conclusione, il diritto alla salute rappresenta, nel nostro ordinamento giuridico, un vero e proprio baluardo tra i diritti fondamentali ed è sicuramente anche per questo che l'attenzione alla professione sanitaria, è da sempre elevata.

---

inoltre i commenti all'art. 1 nei principali Commentari alla Legge fondamentale di Bonn (come quelli diretti da von Mangoldt-Klein-Starck, da Sachs, da Maunz-Dürig, da von Münch-Künig, da Dreier e il c.d. *Alternativkommentar*).

99 Per l'Italia v. ad esempio A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991.

100 Acronimo di Livelli essenziali assistenziali.

101 Si pensi, ad esempio, alla androterapia, enteroscopia, radioterapia, tutte cure all'avanguardia poste a carico del servizio sanitario nazionale; nonché le terapie per la cura di malattie rare- tra le quali la sclerosi sistemica progressiva e la miastemia grave- e persino di quelle croniche tra le quali, ad esempio la celiachia.

Diritto e responsabilità, infatti, sono da sempre strettamente legati e, per l'effetto, il diritto alla cura non può che essere imprescindibilmente connesso alla responsabilità del curante.

## **V. La legittimazione dell'attività medica.**

L'attività medica, quindi, proprio perché volta a garantire la tutela del diritto alla salute, diritto costituzionalmente preservato, è irrinunciabile in una società civile.

Va però evidenziato che suddetta attività richiede, proprio in quanto capace di incidere sul diritto fondamentale per antonomasia, una legittimazione.

Problematica, infatti è la relazione della professione sanitaria con le norme del codice civile nonché di quelle del sistema penale.

L'indagine deve sicuramente principiarsi dall' art. 5 c.c., che vieta categoricamente, gli atti di disposizione del corpo umano qualora capaci di diminuire, in maniera permanente, l'integrità fisica o quando contrari alla legge, ordine pubblico o buon costume. L'unica lettura ammissibile dell'art. 5 c.c. è quella che evidenzia che, è necessario non invertire mai l'ordine valoriale tra legge e Costituzione, e di conseguenza ne orienta e ne indirizza il significato rispetto ai principi costituzionali (e non viceversa), così che, sarebbe corretto parlare, prima che di atti di disposizione del proprio corpo, in termini di potere sul corpo ritenuto come un elemento autonomo e separato dalla persona umana, di "libertà di decidere in ordine a comportamenti e ad attività incidenti sul corpo", rispetto alla persona umana "intesa come qualcosa di assolutamente unico e non separabile, composto di corpo e di mente"

Tale disposizione normativa, infatti, fu originariamente introdotta proprio al fine di evitare il mercimonio del corpo umano e di garantire la dignità di ciascun individuo<sup>102</sup>.

---

102 Così in modo assai condivisibile B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, Giuffrè, p.45. Determinate la vicenda, che costituì il presupposto della disposizione, ricostruita tra gli altri in R. ROMBOLI, *Art. 5, Atti di disposizione del proprio corpo*, in Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Art. 1-10. Persone fisiche, Zanichelli, Il Foro italiano, Bologna-Roma 1988, p.243, che riguardava il trapianto

Ma è evidente che l'attività medico chirurgica sia però in grado di compromettere l'integrità fisica del paziente, seppur al dichiarato fine di garantire la cura. Si tratta, infatti, sicuramente di una attività socialmente rilevante ma suscettibile di arrecare lesioni all'individuo.

Pertanto, l'art.5 c.c. va necessariamente coordinato con le disposizioni del codice penale e interpretato in chiave costituzionalmente orientata. Il codice penale, infatti, incrimina il reato di lesioni ex 590 c.p.<sup>103</sup> nonché il delitto di omicidio ex 575 c.p.<sup>104</sup>.

---

di un testicolo, dietro il compenso di diecimila lire, una fortuna per quei tempi (siamo negli anni Trenta del Novecento), secondo un metodo che allora sembrava scientificamente ineccepibile, il c.d. impianto Voronoff, da un giovane e squattrinato studente napoletano ad un anziano e ricco uomo d'affari di nazionalità brasiliana, in cerca "di riacquistare l'ormai perduta virilità"; dopo tre gradi di giudizio, la Corte di cassazione assolse gli imputati, proprio sulla base della scriminante del consenso dato dal giovane, "trattandosi di diritto disponibile in quanto l'ablazione della ghiandola, mentre da un lato non limita sensibilmente la vigoria del corpo e la funzione sessuale e generativa del donatore, dall'altro rinvigorisce la funzione genetica e l'organismo della persona del ricevente".

Questa conclusione si spiega facilmente proprio in conseguenza della spinta ideologica del fascismo che, su questo punto, vedeva fondamentalmente "nell'uomo il guerriero e produttore, e nella donna la riproduttrice della specie".

103 La norma recita infatti "Chiunque cagiona ad altri per colpa una lesione personale è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa fino a euro 309. Se la lesione è grave la pena è della reclusione da uno a sei mesi o della multa da euro 123 a euro 619, se è gravissima, della reclusione da tre mesi a due anni o della multa da euro 309 a euro 1.239. Se i fatti di cui al secondo comma sono commessi con violazione delle norme [sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle] per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena per le lesioni gravi è della reclusione da tre mesi a un anno o della multa da euro 500 a euro 2.000 e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da uno a tre anni. Nel caso di lesioni di più persone si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse, aumentata fino al triplo; ma la pena della reclusione non può superare gli anni cinque. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo nei casi previsti nel primo e secondo capoverso, limitatamente ai fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale".

104 La norma recita "Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno". Si tratta di un reato a forma libera, quindi che può essere commesso attraverso differenti modalità. Ciò porta a considerare che può realizzarsi omicidio anche per omissione, qualora preesista a carico dell'agente un obbligo giuridico di impedire l'evento come ad esempio nel caso in cui un madre lascia il figlio neonato morire di stenti. Si ricordi poi la particolare categoria degli omicidi cosiddetti indiretti, che si realizzano qualora il soggetto attivo causi intenzionalmente la morte attraverso una condotta che in realtà integrerebbe n altro reato, come nel caso di contagio da malattie letali. Si ricordi che si parla di uomo a partire dal distacco del feto dall'utero materno, anche se non è avvenuta l'espulsione definitiva dal corpo della madre. no rilevano

Come evidenziato, infatti, l'individuo è alla base del sistema normativo costituzionale, civile e penale. Come naturale conseguenza, la tutela della persona è garantita anche attraverso la sanzione penale.

L'attività medica, dunque, è astrattamente riconducibile senz'altro nel reato di lesioni personali e non è da escludere l'applicazione del reato di omicidio in forma colposa.

Appare, dunque, necessario ricostruire la legittimazione della professione sanitaria e coordinarla con le disposizioni penali. Proprio la norma sulle lesioni, infatti, rende necessario un coordinamento del sistema.

La disposizione recita *“ Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni. Se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli artt. 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel n. 1 e nell'ultima parte dell'articolo 577, il delitto è punibile a querela della persona offesa”*.

Pertanto, la lesione si ravvisa laddove la condotta del soggetto agente sia idonea a generare una malattia. L'attività medica appare antitetica a tale previsione normativa ma, va evidenziato che, comunque, qualsiasi intervento chirurgico, terapie mediche, attività diagnostiche invasive, provocano sempre una qualche forma di alterazione anatomico-funzionale, una “malattia” intesa in senso

---

ovviamente e condizioni di corpo, di mente, la nazionalità o la razza della vittima, ma solamente che sia vivo, diversamente infatti il reato sarebbe altrimenti impossibile. Ciò non significa che si richieda anche la vitalità ovvero che il soggetto sia in grado di vivere a lungo, viene infatti considerato responsabile di omicidio anche chi cagiona la morte di un uomo agonizzante. Si rimanda ad altre fattispecie qualora il soggetto passivo ricopra una particolare posizione, come ad esempio all'omicidio del Presidente della Repubblica ex art. 276, a quello di un Capo di Stato estero ex art. 295 e a quello del Comandante di una nave da parte di un membro dell'equipaggio degli artt. 1150 o 1151 del codice della navigazione.

ampio, ovvero come generale peggioramento delle condizioni di salute del paziente.

Anche un intervento ben riuscito, a regola d'arte, astrattamente, potrebbe nella fase post-operatoria avere delle gravose ripercussioni sul paziente. Appare, dunque, necessario ricercare il fondamento della legittimazione dell'attività medica.

*Ab origine*, la dottrina penalistica tradizionale<sup>105</sup> ricercava il fondamento dell'attività medico chirurgica, nella scriminante del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p.

Si evidenziava, infatti, che l'attività medica, socialmente adeguata, necessaria ed esclusivamente rivolta alla cura del paziente, veniva in realtà legittimata dal paziente stesso mediante il consenso. La condotta del medico, anche qualora avesse cagionato delle lesioni personali e persino la morte del paziente, se a regola d'arte, era legittimata dal consenso espresso dal paziente( se però adeguatamente informato) al trattamento sanitario. Tale teoria però, a ben vedere, era in conflitto con il disposto dell'art.5 c.c.

I critici evidenziavano che nessuno può prestare un valido consenso alla menomazione irreversibile della propria individualità psico-fsica, pena la violazione dell'art. 5 c.c. e indirettamente, la lesione del diritto alla salute ex art.32 Costituzione.

Tale teoria, a ben vedere, operava però una diretta trasposizione di una norma esclusivamente civilistica, nata per garantire la dignità dell'individuo, in sede penale.

Il diritto penale, è però, per antonomasia afflittivo e, configurare una responsabilità penale del medico operando una pedissequa traslazione dell'art. 5 c.c., significava mortificare l'attività sanitaria e frustare la concezione del diritto penale come *extrema ratio*.

---

105 F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, CEDAM, 2013.

Sulla base di tale incertezza, un secondo orientamento, evidenziava che la legittimazione dell'attività medica, a ben vedere, andasse ricercata in un'altra scriminante, ovvero l'art.51 c.p.

Il medico, operatore sanitario, incaricato di un pubblico servizio, nell'effettuare un intervento chirurgico, adempie ad un dovere e pertanto, non è penalmente responsabile, mancando l'antigiuridicità della condotta.

Ma anche tale costruzione aveva delle evidenti criticità. Ammettere l'applicazione dell'art. 51 c.p. per l'attività medica, significava legittimarla anche nel caso in cui vi fosse un dissenso espresso del paziente. Operando in tal senso, dunque, si rischiava di frustrare la libertà di autodeterminazione del paziente, legittimando l'attività medica in maniera aprioristica ed in parte, violando la libertà di scelta dei trattamenti sanitari sancita ex 32 Cost.

L'attività medica, infatti, non può auto legittimarsi. Il rapporto medico paziente, non è più di tipo paternalistico ma paritario. Il medico può intervenire autonomamente solo nei casi di assoluta urgenza, laddove la volontà del paziente non sia in alcun modo ricostruibile, ma non negli altri casi. Determinanti, in tal senso, le pronunce della S.C. in materia di trattamenti sanitari di trasfusione ai testimoni di Geova<sup>106</sup>. I pazienti che esprimano anche il diritto a non curarsi, o meglio che consapevolmente dichiarino di rifiutare un preciso intervento sanitario, non possono esservi sottoposti contro la loro volontà. I testimoni di Geova, in base ad un preciso precetto religioso, negano la possibilità di sottoporsi ad interventi trasfusionali.

In tali ipotesi è evidente il contrasto tra due diritti fondamentali: quello alla libertà religiosa e quello alla salute. In suddetta ipotesi, è

---

106 A.FIORI, E. BOTTONE, E. D'ALESSANDRO, *Quarant'anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, per tutte Cass. Civ. sez III, n.23676/2008, Giuffrè, Milano, p.100 ss.

il paziente che sceglie, consapevolmente, di evitare la trasfusione ed il medico, non può forzatamente sottoporlo ad un trattamento sanitario rifiutato, pena la responsabilità penale per lesioni e/o violenza privata.

Tali pronunce, dunque, evidenziano l'inadeguatezza del ricorso all'art. 51 c.p. per legittimare l'attività medica.

La persistenza di contrasti interpretativi sulla legittimazione delle terapie medico chirurgiche ha imposto l'inevitabile intervento delle Sezioni Unite.<sup>107</sup> La Suprema Corte ha evidenziato, a più riprese, che l'attività medica richiede come presupposto il consenso informato del paziente, espressione suprema del diritto all'autodeterminazione e della libertà fondamentale dell'individuo<sup>108</sup>. Il consenso però resta un presupposto, o meglio, l'attività medico sanitaria non è scriminata dal consenso dell'avente diritto ex 50 c.p. né dall'adempimento del dovere ex art. 51 c.p. ma trova la sua legittimazione direttamente dalla Carta Costituzionale ex art. 32 <sup>109</sup>.

---

107 Con tale sentenza le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, mediante un approccio conforme al diritto vivente e ad una lettura aggiornata della Carta Costituzionale, hanno risolto una questione, quella relativa alla rilevanza penale dell'attività medico-chirurgica a fini terapeutici in caso di mancato consenso del paziente, che da lungo tempo, oramai, aveva dato luogo a rilevanti contrasti giurisprudenziali e dottrinali.

La fattispecie concreta riguardava una paziente, ricoverata nel reparto di ginecologia di una struttura sanitaria, che veniva sottoposta ad un intervento di laparoscopia operativa e, senza soluzione di continuità, a salpingectomia con la quale le veniva asportata la tuba sinistra. Procedutosi contro il medico, l'intervento asportativo risultava essere stato una scelta corretta ed obbligata, eseguito nel pieno rispetto delle *leges artis* e con una competenza superiore alla media, tuttavia, secondo la prospettazione accusatoria, senza il consenso validamente prestato della paziente, informata soltanto della laparoscopia. Secondo i giudici di primo grado, infatti, già nella fase di programmazione della laparoscopia erano prevedibili: l'evoluzione dell'intervento in asportativo (essendovi un'elevata probabilità di asportazione della salpinge), la non opportunità dell'interruzione dell'intervento e la mancanza del pericolo di vita e, quindi, del presupposto del c.d. "stato di necessità" ex art. 54 c.p., quale causa di giustificazione dell'agire medico in assenza di consenso informato. L'omissione, pertanto, proprio in ragione dell'elevata probabilità dell'intervento doveva configurarsi non come una colpa del medico bensì come una sua scelta consapevole e volontaria.

Il fatto, poi, che ogni trattamento medico eseguito in assenza di un consenso valido e specifico integri una lesione della libertà di autodeterminazione valido e specifico integri una lesione della libertà di autodeterminazione

108 S.RODOTA', *Il diritto ad avere diritti*, Editori Laterza, ROMA-BARI, 2015

109 M.SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Giappichelli, 2016, p.250 ss.



Ne consegue, la libertà di decidere e di autodeterminarsi, in ordine a comportamenti che in vario modo interessano e coinvolgono il corpo del paziente, dovendosi prendere atto della sostituzione del concetto statico di integrità fisica, con quello dinamico di salute.

In conclusione, l'attività medica necessita come presupposto, del consenso informato del paziente ma trova la sua piena legittimazione, il suo definitivo riconoscimento non nelle disposizioni legislative ordinarie, ma direttamente nella Carta dei diritti fondamentali ex 32.

#### **VI. Il cruciale ruolo del consenso informato: i requisiti indispensabili ed i “casi limite” alla luce della legge sul biotestamento.**

L'attività medica, come precedentemente evidenziato, trova la sua legittimazione direttamente nella Carta Costituzionale ex art. 32.

Ma, affinché questa possa pienamente definirsi autorizzata ex lege, presupposto indefettibile è che sussista il consenso informato.

Attualmente infatti, il rapporto medico- paziente non è più di tipo paternalistico, quanto piuttosto di cooperazione e, per l'effetto, volto al raggiungimento del benessere psico-fisico del malato.

La libertà di autodeterminazione, la libertà di scelta del paziente, trova nell'istituto del consenso informato pieno riconoscimento. Possiamo infatti osservare che la comunicazione tra medico e paziente avviene spesso all'interno di una dimensione relazionale profondamente segnata da un carattere inevitabilmente asimmetrico, determinato dal ruolo, dalle conoscenze e dalle procedure che contestualizzano ed irrigidiscono i rapporti in ambito sanitario. Il consenso informato è espressione dell'incrocio tra le esigenze attinenti al diritto alla salute e quelle espressive dell'autodeterminazione individuale e si pone come fattore di riequilibrio del rapporto tra medico e paziente, favorendo un

meccanismo circolare che consente, dopo l'acquisizione e la comprensione da parte del paziente delle necessarie informazioni e suggerimenti forniti dal medico, al paziente stesso di comunicare al sanitario le proprie scelte consapevoli che devono essere rispettate. Si tratta di un processo complesso, di una comunicazione difficile, attraverso cui il medico deve comprendere e accompagnare le fragilità del paziente affinché quest'ultimo diventi protagonista delle proprie scelte su questioni vitali. Si tratta di un percorso garantito e tutelato dai principi della nostra Carta costituzionale, laddove non vi può essere diritto fondamentale alla salute senza il riconoscimento della libertà di ciascuno di fare le proprie scelte in conformità con la propria legge morale<sup>110</sup>.

In via preliminare va precisato chiaramente che però il diritto all'autodeterminazione non si identifica con il diritto alla salute. Esso rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi e si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì nella possibilità consapevole di interrompere il trattamento sanitario. Infatti, va sottolineato che la Carta Costituzionale non contempla espressamente il diritto alla vita, pur sottendendolo, ma sicuramente non tollera il "dovere di vivere". L'individuo è al centro del nostro sistema, le sue scelte sono essenziali e tra queste, anche l'eventuale scelta di lasciarsi morire.

La persona umana è un valore etico in sé ed è necessario garantire il rispetto dell'individuo, in qualsiasi momento della sua vita in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive.

---

110 G. ESTA, *La dignità*, in Trattato di biodiritto a cura di P. ZATTI S. RODOTÀ, Ambito e fonti del biodiritto, vol. I, Milano, 2010, 259 ss.

Consenso significa partecipazione, informazione, consapevolezza, libertà di scelta.

Ma in particolare la Giurisprudenza, sin dagli anni '40, ha ricercato il fondamento dell'obbligo informativo nell'art. 2 della Costituzione, che tutela e promuove i diritti fondamentali e nell'art. 13 Cost., che riconosce l'inviolabilità della libertà personale, nel cui ambito deve ritenersi ricompresa anche la libertà di salvaguardare la propria salute ed integrità fisica, escludendone ogni restrizione, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e con le modalità previsti dalla legge<sup>115</sup>.

115 R.DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, p.50; A.CERRI, *Libertà II. Libertà personale - dir.*

Il consenso è dalla dottrina<sup>116</sup> definito come un mero atto giuridico, con il quale il soggetto esprime la sua volontà rispetto ad un trattamento sanitario e con il quale, si consente al medico di agire, ovvero di realizzare quel preciso intervento chirurgico.

È un atto sempre revocabile e che deve necessariamente essere espresso da un soggetto capace giuridicamente.

Diverse sono le problematiche che affasciano questo complesso istituto.

*In primis* va evidenziato che l'istituto del consenso informato, non trovava prima del recentissimo intervento normativo sul Biotestamento<sup>117</sup>, alcuna puntuale disciplina legislativa.

Naturalmente, nella ricostruzione dell'iter che ha condotto alla recente riforma normativa, non si può trascurare il ruolo della giurisprudenza nella ricostruzione dei caratteri del consenso informato, stante la pregressa lacuna legislativa. Fondamentale, senza dubbio, l'art. 32 Cost. che fa indirettamente riferimento all'istituto che però, penetra- in maniera più esplicita- nel nostro ordinamento attraverso la legge del 28 marzo 2001, n. 145 che ha ratificato la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997.

La convenzione di Oviedo, fonte per antonomasia del consenso informato, dedica alla definizione del Consenso il Capitolo II (articoli da 5 a 9) in cui stabilisce come regola generale che:

*"Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione*

---

cost., in Enc. Giur., XIX, Roma, 1991, 3 ss.; P.CARETTI I diritti fondamentali, Torino, 2002, 236 ss..

116 F.GAZZONI, *op.cit.*

117 L.219/2017 che è intervenuta con il precipuo fine di colmare una grave lacuna del sistema normativo italiano sul fine vita.

*adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso."* (art. 5).

La Convenzione di Oviedo stabilisce, inoltre, la necessità del consenso di un *"rappresentante"* del paziente nel caso in cui questo sia un minore o sia impedito ad esprimersi. Infine la Convenzione stabilisce che *"I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione."*

Ulteriore conferma e specificazione del consenso informato si trova nell'articolo 33 della Legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, il quale stabilisce che gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari; qualora previsti, i trattamenti sanitari obbligatori devono comunque rispettare la dignità della persona, i diritti civili e politici, compreso, per quanto possibile, il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura

Ma, a ben vedere, un primo riferimento normativo a livello internazionale in tema di consenso informato si ritrova, nella Dichiarazione Universale sul genoma umano e i diritti umani, adottata dall'Unesco l'11 novembre 1997 a Parigi.

L'art. 5, dopo aver affermato che ogni ricerca, cura o diagnosi relativa al genoma di un individuo può essere effettuata solo dopo un'analisi rigorosa e preliminare dei rischi e dei vantaggi potenziali collegati, statuisce infatti che: *"in tutti i casi sarà raccolto il consenso preliminare, libero e informato dell'interessato"*.

Un ulteriore richiamo va fatto alla *"Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea"* -c.d. Carta di Nizza- dell'11 dicembre 2000.

Nella Carta di Nizza, invero, si dispone all'art. 3 che: *"Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare"*

*rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge*". Da tale regola si evince come il consenso libero e informato del paziente all'atto medico non vada considerato solo sotto il profilo della liceità del trattamento, ma debba essere considerato prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto alla integrità della persona.

I suddetti principi sono stati recepiti dal Codice di deontologia medica adottato dalla Federazione Nazionale dell'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri.

Più precisamente, in maniera molto dettagliata, l'attuale Codice Deontologico, dopo aver affermato all'art. 33, 1° comma, che il medico *"deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate"*, sancisce l'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente (art. 35) o del legale rappresentante nell'ipotesi di minore (art. 37) ed i comportamenti da tenere nell'ipotesi di assistenza d'urgenza (art. 36). Dall'insieme delle normative sopra richiamate è possibile affermare che, affinché il paziente sia messo in condizione di autodeterminarsi consapevolmente e, dunque, di poter aderire in modo effettivo e partecipato alle scelte terapeutiche che lo interessano, il consenso al trattamento terapeutico e/o chirurgico deve essere necessariamente preceduto da un'adeguata ed esaustiva attività informativa. Sussiste, invero, in capo al medico, un vero e proprio obbligo di informare il paziente, il cui adempimento rappresenta un elemento imprescindibile per l'esercizio dell'arte.

Non può essere trascurato il fatto che, prima dell'intervento normativo sul biotestamento, vi erano evidenti incertezze in relazione ai caratteri che doveva avere il consenso informato.

Un primo presupposto era sicuramente la forma.

Pur non sussistendo alcuna normativa che richieda necessariamente la forma scritta *ad substantiam*, si riteneva che il consenso informato dovesse essere reso per iscritto.

Il medico, infatti, doveva necessariamente specificare per iscritto, il trattamento sanitario a cui intende sottoporre il paziente. Doveva indicarne le modalità di svolgimento, i rischi, le conseguenze post operatorie.

La ragione per cui si prediligeva la forma scritta per il consenso era quella di garantire una certezza giuridica a tutela del paziente *in primis*, ma anche del medico che eseguiva l'intervento. Infatti, il consenso informato è il mezzo con cui il paziente conosce le dinamiche dell'intervento, mentre il medico preserva la propria attività, se eseguita a regola d'arte.

Pertanto, sebbene mancasse un riferimento normativo preciso in tal senso, vi era una certa concordia nel riconoscere invalido il consenso dato oralmente<sup>118</sup> sebbene, una certa parte della dottrina<sup>119</sup>- sulla scia della legislazione tedesca e francese in materia<sup>120</sup>- tendesse comunque a sottolineare che il carattere indefettibile del consenso non doveva necessariamente essere quello della forma quanto piuttosto quello della adeguatezza al paziente, valorizzando, in tal

---

118 GIUSEPPE CASCIARO, PIERO SANTESE, *Il consenso informato*, Giuffrè, 2012 passim.

119 E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relative assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.55. secondo l'A., infatti, solo se questo dialogo tra medico e paziente si era realmente realizzato si poteva ritenere sussistente un consenso informato sul trattamento sanitario, in caso contrario, anche in presenza di un documento scritto, il consenso doveva comunque considerarsi invalido.

120 E. QUADRI, *op.cit.* L'A. evidenzia come il legislatore francese prima, con gli art.16-3 del Code Civil e poi quello tedesco sono intervenuti prontamente e specificamente sul consenso informato dissipando qualunque incertezza in una materia tanto delicata.

modo, un prospettiva meno formale e più relazionale in virtù dell'auspicata "alleanza terapeutica".

Il consenso, inoltre, doveva essere personale, ovvero essere manifestato direttamente dal paziente purchè si tratti di persona capace di intendere e volere.

Questo secondo requisito appariva assai problematico ed era da tempo al centro di un articolato dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Le ipotesi problematiche erano, infatti, quelle relative al consenso espresso dal minore d'età e quelle del consenso espresso dal soggetto incapace.

In suddette ipotesi, stante l'assoluta incapacità d'agire dei soggetti, il consenso dovrebbe essere espresso dal rappresentante legale. Ma tale approccio appare in parte in contrasto con i principi generali del sistema. Vi è un soggetto diverso dal paziente- ovvero il rappresentante legale- che si sostituisce a questi nella scelta del trattamento sanitario.

Il minorenne, però, pur essendo giuridicamente incapace d'agire, presenta una "dimidiata" capacità.

Determinati, in tal senso una serie di disposizioni normative, tra le tante, quella che consente ai minori la possibilità di svolgere attività lavorative, infatti, il lavoro minorile è oggetto di specifiche disposizioni costituzionali.<sup>121</sup> Da sempre, quindi, la minore età non

---

121M. E. QUADRATO, *I minori e i loro interessi, una lettura comparata*, Bari, 1995, pag. 102ss. L'art. 37 della Costituzione prescrive: "La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato" ed ancora "La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione." Il lavoro minorile è così garantito da una tutela autonoma, differenziata rispetto al lavoro femminile e speciale rispetto alla generale tutela dei lavoratori. Ai minori che prestano lavoro sono garantite le medesime retribuzioni spettanti ai lavoratori adulti, per evitare di discriminare il lavoro minorile sulla base di un suo presunto minore rendimento in tal senso F. MAZZIOTTI, *Nozioni di diritto del lavoro sindacale e della previdenza*, Napoli, 2007, pag. 25ss. Nel 1967 viene promulgata la legge n. 977 (Tutela del lavoro dei fanciulli e degli adolescenti), ancora vigente, che fissa a 15 anni l'età minima di ammissione al lavoro e, in ottemperanza al disposto



preclude l'esercizio di un'attività lavorativa; si ravvisa in questo ambito una capacità effettiva del minore a svolgere un'attività retribuita ed ad essere soggetto attivo nel rapporto di lavoro. Ma lo svolgimento dell'attività lavorativa non è l'unico caso di riconoscimento di libertà di autodeterminazione ad un infradiciottenne<sup>122</sup> vi sono, infatti, diverse ipotesi in cui il minore, in merito al sua capacità, è paragonato al maggiorenne come per

---

costituzionale, segna il distacco della disciplina legale del lavoro dei minori, da quello femminile fino ad allora equiparati ed accomunati a livello normativo. Pertanto, i giovani di 15 anni compiuti, possono decidere di assolvere il percorso di studi obbligatorio nel sistema della formazione professionale o apprendistato che è quindi, l'unico contratto di lavoro stipulabile a tempo pieno da chi abbia meno di 18 anni e non sia in possesso di qualifica professionale. Ne consegue, che sono stati ammessi all'instaurazione di un contratto di lavoro i quindicenni in possesso del diploma di scuola media.

122 L'art 922 c.c., ad esempio, enuncia tassativamente i modi di acquisto della proprietà: occupazione, invenzione, accessione, specificazione, unione, commistione, usucapione; non vi è alcun riferimento dal quale dedurre una preclusione per il minore, in merito all'acquisto della proprietà nei modi descritti. Ed ancora, la Cassazione nel 2004- Cass. 3 dicembre 2004, n. 22776, in *Mass. Foro it.*, 2004.- , ha posto in rilievo che per acquistare il possesso è sufficiente la capacità d'intendere e di volere (capacità naturale) della quale può essere dotato, in concreto, anche il minore di età. I minori, inoltre, possono liberamente acquistare beni di consumo, con alcune specifiche eccezioni, in tal senso A.TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2008, pag. 106ss.

I minori, inoltre, sono titolari della proprietà intellettuale da questi prodotta, intendendosi con questo appellativo, un sistema di tutela giuridica dei beni immateriali che hanno una sempre maggiore rilevanza economica: ci si riferisce cioè, ai frutti dell'attività creativa/inventiva umana, come ad esempio le opere artistiche e letterarie, le invenzioni industriali e i modelli di utilità, il design, i marchi. Il diritto nasce al momento della creazione dell'opera, che il codice civile italiano identifica in una «*particolare espressione del lavoro intellettuale*» e prescinde dall'età del suo autore.

Al minorenne, inoltre, è riconosciuta la possibilità di contrarre matrimonio con alcune specifiche limitazioni. L'art. 84 c. c., così come modificato dalla legge n. 151/75, stabilisce, quale regola generale, il divieto di contrarre matrimonio prima del compimento dei 18 anni, equiparando così la capacità matrimoniale alla capacità generale di agire, soprattutto eliminando i differenti limiti di età stabiliti precedentemente tra uomo e donna, in armonia e nel rispetto del principio di uguaglianza. Sembra una scelta logica, non solo da un punto di vista giuridico, ma ancor prima umano, quella di innalzare il limite di età per contrarre matrimonio e di equipararlo al generale limite che la legge stabilisce per il compimento della maggior parte degli atti aventi rilevanza giuridica.

La modifica introdotta dal legislatore del '75 è, inoltre, estremamente coerente con quelli che sono i cambiamenti sociali intervenuti e soprattutto con la nuova concezione del matrimonio, non più mera istituzione e comunità produttiva, ma comunità di affetti nella quale si sviluppa la personalità di ciascuno. Se infatti, in passato, il matrimonio rappresentava, soprattutto per la donna, una sistemazione e una sicurezza economica e si faceva coincidere la capacità matrimoniale con la

esempio, nell'esercizio dei diritti personalissimi quali quello di contrarre matrimonio-sebbene ad alcune condizioni-e quello di riconoscere il figlio naturale .

Dunque, diversi sono gli elementi dai quali si può desumere una contraddittorietà o quanto meno un attrito, con il dogma dell'assoluta incapacità dei minori. La ricostruzione corretta è di un soggetto, senza dubbio vulnerabile e da tutelare, ma anche, in certe

---

interventuta capacità sessuale, oggi prevale la "funzione personalizzante" del matrimonio, finalizzata cioè alla crescita e all'espansione della vita personale; la famiglia è, infatti, la prima e più importante formazione sociale "*ove si svolge la personalità dell'individuo*" (art. 2 Cost.).

Eppure l'art. 84, contrariamente a quanto appena rilevato, prevede una deroga al divieto stabilito al I comma. Si dice, infatti, al II comma, che il Tribunale può ammettere al matrimonio, chi abbia compiuto i 16 anni, quando sussistono gravi motivi, accertata la maturità psicofisica del minore e la fondatezza delle ragioni addotte. Il legislatore, dunque, anche a causa della indiscussa delicatezza della materia, non ha saputo o non ha potuto dettare una regola veramente generale, delegando all'autorità giudiziaria la decisione in ordine alla concreta ed effettiva sussistenza della capacità matrimoniale, assolutamente preclusa però per i minori che non abbiano ancora raggiunto i sedici anni, per i quali sussiste un divieto assoluto ed inderogabile.

Ecco che, allora, elemento fondamentale di valutazione, in ordine alla capacità matrimoniale, diventa non più la maturità fisiologica, bensì quella psicologica, intesa come idoneità a comprendere il significato e la portata dell'istituto matrimoniale. In una società caratterizzata dalla mancanza di sicuri modelli di vita, dove si è passati dalla famiglia patriarcale, nella quale alla immaturità e all'inesperienza dei giovanissimi coniugi sopprimevano il sostegno e la maturità dei più anziani, alla famiglia nucleare, appare più che appropriata una prescrizione di questo tipo, che guarda il caso di specie.

Andando ad approfondire gli aspetti più propriamente giuridici, ciò che colpisce immediatamente è che l'art. 84, quando stabilisce i presupposti dell'autorizzazione al matrimonio utilizza formule vaghe e generiche, quali "maturità psicofisica" e "gravi motivi" . Per quanto riguarda la maturità psicofisica, si tratta di un presupposto certamente relativo, in quanto non sembra possibile delineare un concetto di maturità in astratto: bisogna sempre precisare in funzione di quale situazione possa giudicarsi maturo un individuo. In relazione alla questione che qui interessa, sembra che, nonostante l'uso dell'espressione maturità psicofisica, il legislatore abbia voluto richiedere, come presupposto necessario e indefettibile dell'azione, la maturità psicologica del minore, intesa quale livello di sviluppo psichico e della personalità, tale da consentire una presa di coscienza e delle responsabilità che il matrimonio comporta. Infatti, non si può richiedere una maturità assoluta, ma è sufficiente quel tanto di autonomia e libertà interiore, che assicura che la scelta matrimoniale non sia influenzata da fattori infantili o da condizionamenti sociali. Ulteriore presupposto, o meglio, condizione dell'azione processuale che il giudice deve accertare, è la fondatezza delle ragioni addotte dall'istante, sul quale grava l'onere di dimostrarne la consistenza. Criterio fondamentale, che dovrebbe guidare sempre il giudice nella valutazione della gravità dei motivi, è quello dell'interesse del minore ad un libero sviluppo della sua personalità. L'apprezzamento del grave motivo va operato "non solo sotto il profilo negativo - per il male che potrebbe ricadere sul minore ove il matrimonio non fosse autorizzato - ma anche sotto il profilo positivo, per il bene che dal

circostanze, capace di affrontare esperienze in cui dovrebbe valutarsi non il concetto astratto della minore età, ma la maturità e la consapevolezza del singolo, minore, fanciullo ma anche individuo.

Inizia a farsi strada il concetto di “bambino concreto”<sup>123</sup>, svincolato da infruttuosi stereotipi, ma legato al suo contesto socio-culturale, al caso concreto di cui è protagonista, alla sua storia personale.

---

matrimonio, in quanto serio atto di fondazione della famiglia legittima, potrebbe venire alle parti” A favore di questo orientamento si è mostrato il Tribunale per i minorenni di Torino, il quale, con pronuncia del marzo 1986, ha stabilito che “per gravi motivi necessari ai fini del rilascio dell’autorizzazione alle nozze del minore, devono intendersi non solo quelli che interessano sotto il profilo negativo, cioè allo scopo di evitare disagi e sofferenze alla coppia, che per di più sia in attesa di un figlio, ma anche quelli che vanno riguardati in senso positivo, quali il desiderio serio, responsabile e consapevole di dare al nascituro un ambiente familiare non solo, unito ed affettuoso di fatto, ma anche formalmente riconosciuto dalla collettività. Tanto più che la famiglia fondata sul matrimonio costituisce un valore personale e sociale esplicitamente affermato dalla Costituzione.

Ciò che preme qui sottolineare è che la presenza di una gravidanza, in nessun caso può far desumere automaticamente la presenza del grave motivo. Esemplificativa, in tal senso, può considerarsi la sentenza con la quale il Tribunale per i minorenni di Genova, ha stabilito che non può essere considerato grave motivo la sola gravidanza della minore, se non è accompagnata dall’accertata esistenza della maturità psicofisica, intesa sia in senso generico sia in senso specifico, come idoneità al matrimonio e agli oneri coniugali e familiari. L’accertamento va effettuato con criteri di rigore, avuto riguardo all’importanza dell’atto che il minore vuol compiere.

La possibilità, dunque, che i minori che abbiano compiuto 16 anni, siano ammessi a contrarre matrimonio, trova giustificazione nella maggiore flessibilità del nostro ordinamento giuridico nei confronti di minori che si avvicinino alla maggiore età, purché sussista quell’idoneità psicofisica, da accertare ad opera del Tribunale e valide ragioni. In ogni caso, vi sono elementi concreti dai quali desumere una certa diffidenza del legislatore in merito alla possibilità del sedicenne di essere totalmente maturo; è assai sintomatico che la legge, pur riconoscendo che il sedicenne può essere ritenuto maturo per dar vita alla impegnativa esperienza matrimoniale, sancisca poi, all’art. 165 c.c., che il minore ammesso a contrarre matrimonio è capace di prestare il consenso per tutte le relative convenzioni matrimoniali, purché assistito dai genitori o dal tutore o curatore speciale nominato a norma dell’art. 90 c.c. Con la celebrazione del matrimonio, inoltre, il minore ultrasedicenne si emancipa di diritto (art. 390 c.c.) e acquista, con anticipo rispetto al compimento dei diciotto anni, una parziale capacità di agire, una forma di capacità, che si potrebbe definire, ridotta, perché gli è, per legge, nominato un curatore (art. 392 c.c.). Quanto detto dimostra che al minore coniugato spetterà il potere di compiere solo gli atti che non eccedano la normale amministrazione, ferma restando per tutti gli altri, oltre al consenso del curatore, la necessaria autorizzazione del giudice tutelare (art. 394 c.c.).

Queste disposizioni generali ammettono, però, delle eccezioni: è il caso dell’art. 397 c.c. che, allargando l’ambito di operatività e l’autonomia dal curatore del minore emancipato, testualmente stabilisce che lo stesso “può esercitare un’impresa commerciale senza l’assistenza del curatore, se è autorizzato dal Tribunale, previo parere del giudice tutelare e sentito il curatore”. L’autorizzazione

Alla luce di queste prime considerazioni, è necessario evidenziare che, attualmente, nei confronti degli infradiciottenni, in considerazione dell'età e di questa parziale capacità legislativamente riconosciuta, vi è una maggiore apertura anche rispetto alla scelta dei trattamenti sanitari. Al minore vanno, infatti, fornite congrue informazioni ed il suo eventuale dissenso al trattamento sanitario, non può essere assolutamente irrilevante e tale approccio trova pieno riscontro nella legge sul biotestamento in cui è previsto che il consenso informato al trattamento sanitario del minore è comunque espresso o rifiutato dai genitori o dal tutore ma necessariamente tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla

---

può essere revocata dal Tribunale su istanza del curatore o d'ufficio, previo, in entrambi i casi, il parere del giudice tutelare e sentito il minore emancipato. Il minore emancipato, che è autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale, può compiere da solo gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, anche se estranei all'esercizio dell'impresa. Al minore che abbia compiuto i sedici anni, inoltre è permesso di riconoscere il figlio naturale (art.250 c.c.) e nel caso in cui il riconoscimento non avvenga contestualmente alla nascita, ma tardivamente (ovvero con un testamento o una dichiarazione apposita ricevuta dall'ufficiale dello stato civile o dal giudice tutelare o dal notaio) e il figlio abbia più di sedici anni sarà necessario anche il suo consenso. La mancanza di consenso può essere superata da un provvedimento del giudice che autorizzi il riconoscimento se nell'interesse del minore. La minorenni, inoltre, ha la possibilità di interrompere la gravidanza. Determinante al riguardo, è anche la legge 405\75 che ha istituito i consultori familiari per garantire servizi di assistenza alla famiglia e alla maternità, di natura psicologica e sociale che sono ora per legge, espressamente aperti anche ai soggetti minori, in tal senso P.CENDON, *I bambini e i loro diritti*, Bologna, 1991, pag 291 ss.

Si intravede, quindi, uno spiraglio in merito ad una certa capacità, seppur dimidiata, in capo ai minori.

Altri casi di rilievo sono, ad esempio, quelli relativi alla adottabilità del minore ultra dodicenne; lo stato di adottabilità e la possibile adozione non può prescindere dal parere espresso dal minore, si ammette, infatti, l'annullamento del decreto di adottabilità nel caso in cui il minore non sia stato sentito. Ed ancora, va tenuto in considerazione lo strenuo rifiuto del minore di incontrare il genitore, purchè se ne ravvisi una natura genuina e non condizionata da terzi (caso non infrequente in ipotesi di separazioni coniugali controverse). Di rilievo è il caso affrontato dalla Corte d'Appello di Caltanissetta nel gennaio 2010. Nel caso di specie, a seguito di una separazione una minore di anni 11 era stata affidata alla madre, la quale si era del tutto disinteressata della stessa. Dopo aver trascorso un periodo di vacanza con il padre, la minore insisteva per rimanere presso di lui. Il padre agiva in giudizio chiedendo l'affidamento esclusivo. Acclarato lo stato di abbandono della piccola, sotto custodia della madre, a seguito di controlli operati dagli assistenti sociali anche presso la struttura scolastica, considerata la volontà della minore espressa con fermezza e supportata da biasimevoli ragioni, la richiesta del padre trovava accoglimento.

123 Intervento al convegno "*Interesse del minore tra psicologia e diritto*" del Prof. PONZO in *Dir. fam. e pers.*, 1984, pag 245-248.

sua età e al suo grado di maturità. Quindi la persona minore ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione e deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nella condizione di esprimere la sua volontà.

Similare il discorso per i soggetti incapaci.

Anche in questo caso è il rappresentante legale a dover esprimere il consenso, ma la volontà dell'incapace non può essere ritenuta assolutamente irrilevante. Determinante, in tal senso la ricostruzione di un consenso presunto, effettuata dalla Cassazione nel tristemente noto, Caso Englaro<sup>124</sup>.

Il 18 gennaio 1992, al ritorno da una festa a Pescate, la giovane Eluana, che aveva da poco compiuto 21 anni, perse il controllo dell'automobile a causa del fondo stradale gelato e si schiantò contro un palo della luce e quindi contro un muro, riportando lesioni craniche gravissime ed una frattura della seconda vertebra che causò un'immediata paresi di tutti e quattro gli arti. La famiglia Englaro, appena resisi conto della situazione disperata di Eluana, hanno iniziato a chiedere ai medici la sospensione dei trattamenti, sostenendo fermamente che la propria figlia aveva ripetutamente affermato di non desiderare inutili accanimenti terapeutici. Eluana Englaro deponeva in uno stato di assoluta incapacità, ma durante il corso della sua breve esistenza, aveva manifestato chiaramente la volontà di non essere sottoposta a trattamenti sanitari capaci di realizzare una sopravvivenza "forzata". Il padre, rappresentante legale della giovane dopo il coma irreversibile, ha iniziato a chiedere, a partire dal 1999, per via giudiziaria, la sospensione

---

124 R.CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale*, in *Famiglia e dir.*, 2008, 139 ss.; D.M. PULITANÒ- E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. italiana med. leg.*, 2008, 281; E.PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Rass dir. civ.*, 2008, 3, 363 ss.

dell'alimentazione artificiale e delle terapie nei confronti della figlia Eluana, portando, a supporto della richiesta, diverse testimonianze volte a dimostrare l'inconciliabilità del trattamento di sostegno forzato che le consentiva artificialmente di sopravvivere (alimentazione/idratazione con sondino naso-gastrico), rispetto alle sue precedenti convinzioni sulla vita e sulla dignità individuale. A seguito di una estenuante vicenda giudiziaria, la sentenza numero 21748/2007 della Corte Cassazione, depositata il 16 ottobre 2007, ha stabilito due presupposti necessari per poter autorizzare l'interruzione dell'alimentazione artificiale, occorre che *«la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno»* e che *« tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona»*.

Il rappresentante legale, infatti, non sceglie *“al posto dell’incapace, in sua sostituzione, ma con l’incapace”*<sup>125</sup>, il rappresentante legale, si fa delatore della volontà del soggetto ormai in stato vegetativo.

Con decreto del 9 luglio 2008, la Corte d'Appello Civile di Milano<sup>126</sup> ha autorizzato il padre, Beppino Englaro, in qualità di tutore, ad

---

<sup>125</sup> Corte Cass. sentenza n.21748/2007 in Dir.fam.e pers.2008,pag1922ss.

<sup>126</sup> Decreto della Corte d'Appello di Milano - 9 luglio 2008 in Dir.fam.e pers.2008, pag1922ss. Per approfondimenti B. ENGLARO, *La vita senza limiti. La morte di Eluana in uno Stato di diritto*, Milano,2009 e F. GALOFARO, *Eluana Englaro. la contesa sulla fine della vita*, Roma,2009.

interrompere il trattamento di idratazione ed alimentazione forzata che manteneva in vita la figlia Eluana per «*mananza della benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno*»<sup>127</sup>.

È ribadito un principio, nel nostro ordinamento non ha cittadinanza il dovere di vivere, ma va tutelato certamente il diritto a vivere, anche gli ultimi istanti della propria, vita con dignità<sup>128</sup>.

Pertanto, il consenso informato, come peraltro ribadito dal recente intervento normativo sul biotestamento, deve essere tendenzialmente espresso da un soggetto capace d'agire, ma non è escluso che anche la volontà dei minori, degli incapaci, assuma una rilevanza nella scelta del trattamento sanitario.<sup>129</sup>

---

127 Il 3 febbraio 2009, alle ore 1.30, un'ambulanza con a bordo Eluana Englaro ha lasciato la casa di cura Beato Luigi Talamoni di Lecco giungendo, intorno alle 6.00, presso la residenza sanitaria assistenziale "La Quiete" di Udine. Tale struttura si è, infatti, dichiarata disponibile ad ospitare la Englaro per l'attuazione della sentenza di sospensione dell'idratazione e dell'alimentazione forzata. Eluana muore alle 19:35 del 9 febbraio 2009.

128 *Il caso Englaro*, Convegno del 11 febbraio 2011, Napoli, intervento del Prof. C. Donisi.

129 Di rilievo, in tal senso, la recente sensibilità per le D.A.T. in tal senso, l'intervento del Prof. L. CHIEFFI e del Prof. E. BRIGANTI al Convegno: *Il testamento biologico*, Università di Napoli Federico II in data 2 novembre 2016. Rispetto alle D.A.T. giova precisare che si tratta di una dichiarazione anticipata di trattamento (detta anche testamento biologico, o più variamente testamento di vita, direttive anticipate, volontà previe di trattamento) è l'espressione della volontà da parte di una persona (testatore), fornita in condizioni di lucidità mentale, in merito alle terapie che intende o non intende accettare nell'eventualità in cui dovesse trovarsi nella condizione di incapacità di esprimere il proprio diritto di acconsentire o non acconsentire alle cure proposte (consenso informato) per malattie o lesioni traumatiche cerebrali irreversibili o invalidanti, malattie che costringano a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscano una sia pur minima vita di relazione. La parola testamento viene presa in prestito dal linguaggio giuridico riferendosi ai testamenti tradizionali dove di solito si lasciano scritti (di pugno) le volontà di divisione dei beni materiali per gli eredi o beneficiari. Nel mondo anglosassone lo stesso documento viene anche chiamato *living will* (a volte impropriamente tradotto come "volontà del vivente"). La volontà sulla sorte della persona passa ai congiunti di primo grado o ai rappresentanti legali qualora la persona stessa non sia più in grado di intendere e di volere per motivi biologici. Non esistendo ancora in Italia una legge specifica sul testamento biologico, la formalizzazione per un cittadino italiano della propria espressione di volontà riguardo ai trattamenti sanitari che desidera accettare o rifiutare può variare da caso a caso, anche perché il testatore scrive cosa pensa in quel momento senza un preciso formato, spesso riferendosi ad argomenti eterogenei come donazione degli organi, cremazione, terapia del dolore, nutrizione artificiale e accanimento terapeutico, e non tutte le sue volontà potrebbero essere considerate bioeticamente e legalmente accettabili. L'articolo 32 della Costituzione della Repubblica Italiana stabilisce che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di

Il consenso, inoltre, secondo la ricostruzione giurisprudenziale, doveva necessariamente essere esplicito nonché specifico.

Con la dizione di consenso “esplicito” ci si riferisce alla necessità che questo venisse reso in maniera inequivocabile dal paziente. Sul punto la giurisprudenza appariva granitica. Determinante il caso del paziente testimone di Geova che, in pericolo di vita, veniva ricoverato in ospedale con necessità di una imminente trasfusione e veniva trovato in possesso del Cartellino “niente sangue”. Il medico, nel caso di specie, praticava ugualmente la trasfusione ma successivamente, il paziente agiva in sede processuale per ottenere il risarcimento del danno da intervento chirurgico realizzato in presenza di un dissenso espresso. Evidente la problematica se il

---

legge» e l'Italia ha firmato (ma non ancora ratificato) nel 2001 la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina (L. 28 marzo 2001, n.145) di Oviedo del 1997 che stabilisce che «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione». Il Codice di Deontologia Medica, in aderenza alla Convenzione di Oviedo, afferma che il medico dovrà tenere conto delle precedenti manifestazioni di volontà dallo stesso. È importante sottolineare che nonostante la legge n. 145 del 2001 abbia autorizzato il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione, tuttavia lo strumento di ratifica non è ancora depositato presso il Segretariato Generale del Consiglio d'Europa, non essendo stati emanati i decreti legislativi previsti dalla legge per l'adattamento dell'ordinamento italiano ai principi e alle norme della Costituzione. Per questo motivo l'Italia non fa parte della Convenzione di Oviedo. L'argomento, "eticamente sensibile", è oggetto di posizioni differenti fra correnti di pensiero di tipo laico, radicale comprese discussioni di ispirazione cristiana sull'eutanasia e di forte difesa della vita. Per quanto riguarda l'eutanasia il Comitato Nazionale di Bioetica si è espresso nel dicembre 2003 con un documento, di 19 pagine, contenente un'analisi delle problematiche connesse e terminante con una serie di raccomandazioni, il cui rispetto garantisce la legittimità delle dichiarazioni anticipate. Nel documento si afferma che le dichiarazioni anticipate non possono contenere indicazioni «in contraddizione col diritto positivo, le regole di pratica medica, la deontologia [...] il medico non può essere costretto a fare nulla che vada contro la sua scienza e la sua coscienza» e che «il diritto che si vuol riconoscere al paziente di orientare i trattamenti a cui potrebbe essere sottoposto, ove divenuto incapace di intendere e di volere, non è un diritto all'eutanasia, né un diritto soggettivo a morire che il paziente possa far valere nel rapporto col medico [...] ma esclusivamente il diritto di richiedere ai medici la sospensione o la non attivazione di pratiche terapeutiche anche nei casi più estremi e tragici di sostegno vitale, pratiche che il paziente avrebbe il pieno diritto morale e giuridico di rifiutare, ove capace». Il documento del Comitato Nazionale di Bioetica afferma inoltre che i medici dovranno non solo tenere in considerazione le direttive anticipate scritte su un foglio firmato dall'interessato, ma anche documentare per iscritto nella cartella clinica le sue azioni rispetto alle dichiarazioni anticipate, sia che vengano attuate o disattese.



cartellino “niente sangue” può rappresentare l’esplicita, in equivoca volontà del paziente di non essere trasfuso.

Abbiamo evidenziato che per il consenso informato, prima dell’intervento normativo del 2017 non era espressamente richiesta una forma ma, allo stesso tempo, il consenso doveva necessariamente essere esplicito e specifico. Sul punto la Cass.2008 con sentenza n.23676 escludeva la responsabilità civile del medico che abbia realizzato la trasfusione ad un paziente, testimone di Geova, giunto in fin di vita all’ospedale, con un cartellino “niente sangue”.<sup>130</sup> La Suprema Corte aveva evidenziato che il dissenso doveva necessariamente essere espresso, esplicito, attuale e consapevole. Il paziente, giunto in ospedale in stato di incoscienza, non era consapevole del grave pericolo di vita al quale era esposto, e seppure il cartellino indicasse una volontà di non essere trasfuso, questa non appariva inequivoca ma soprattutto non era certo attuale. Il dissenso, infatti, doveva essere una intenzione non meramente programmatica, ma specifica, non una cognizione dei fatti “ideologica” ma frutto di puntuali informazioni relative alla propria situazione sanitaria. Dunque, il dissenso, espressione della volontà del paziente, doveva necessariamente seguire l’informazione relativa al pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto ex post e non ex ante, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza e gravità attuale delle proprie condizioni di salute. E ciò in quanto, di fronte ad un sibillino “niente sangue” doveva necessariamente prevalere il dovere di curare, il diritto alla vita del paziente, in quanto tale dichiarazione non poteva comunque, in alcun modo, essere equiparata ad un dissenso espresso ed esplicito.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Cassazione Civile, sez. III, 15.09.2008, n.23676 in Massimario Corte di Cassazione.

<sup>131</sup> L.MUSELLI-C.B.CEFFA, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza, giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p.120 ss.

Il consenso, inoltre, doveva essere specifico: cioè doveva avere ad oggetto il singolo intervento ovvero ognuna delle ipotesi di trattamento prospettate e non poteva, quindi essere generico ed onnicomprensivo, se non nei limitati casi di interventi di routine ed a basso rischio. Più in particolare, si richiedeva, per gli interventi dotati di una concreta rilevanza per i beni coinvolti, un atto di volontà, tanto più specifico, quanto più il rischio è elevato, escludendosi in questi casi una “delega in bianco” al chirurgo, conferita al paziente. Dibattuta era la questione relativa alla doverosità del consenso anche con riferimento all’opera dell’anestesista. Da alcuni infatti, era sostenuta la necessità di un consenso specifico per l’anestesia. La teoria maggioritaria, evidenziava come l’intervento chirurgico che sottendeva l’anestesia, richiedeva un consenso unico. L’unica ipotesi in cui l’anestesia doveva essere approvata autonomamente era quella in cui il paziente, presentava rischi di allergia e, secondo tale maggioritario orientamento, solo in questo caso, il paziente, doveva essere necessariamente informato preventivamente.<sup>132</sup>

Naturalmente il consenso caratteristica principale è che questo deve essere informato, carattere indiscutibile e pacifico, anche prima dell’intervento normativo sul Biotestamento.

Il paziente, in virtù del principio di libertà di autodeterminazione, deve essere adeguatamente messo a conoscenza del tipo di intervento che si accinge a subire. Il sanitario è tenuto a definire la natura dell’intervento, la portata e/o l’estensione dello stesso, i rischi, i risultati conseguibili, le possibili complicanze, gli effetti collaterali, le conseguenze post-operatorie, nonché la possibilità di ottenere i medesimi risultati con diversi trattamenti sanitari. Solo così il paziente è messo in condizione di valutare concretamente ogni

---

132 G.ALPA-R.GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Nel diritto, Roma, p.836.

rischio ed ogni alternativa<sup>133</sup>. Vi sono però delle eccezioni a tale obbligo, ma sono tassative e non estensibili.

In primo luogo è il caso di una persona malata che espressamente rinunci ad essere informata. Il consenso informato è, infatti, un diritto del paziente al quale questi può legittimamente abdicare.

Seconda ipotesi è quella di persona in imminente pericolo di vita, che come già accennato, non può essere adeguatamente informata in quanto non pienamente cosciente. Infine, si prescinde dal consenso informato in tutti i casi di trattamenti sanitari obbligatori in cui l'autorità pubblica prevarica la volontà del singolo ex 32 Cost.

Infine, giova precisarlo, l'informazione deve essere intelligibile ed adeguata alla cultura del paziente. Il medico, infatti, dovrebbe adeguare il registro e consentire al singolo paziente di comprendere la dinamica dell'intervento. La mancanza di una legislazione adeguata mostrava però, proprio sotto tale profilo, i suoi limiti. Necessario, infatti, il ricorso ad una normativa precisa e dettagliata che indicasse le modalità con le quali doveva essere reso il consenso informato e che ne specificasse i caratteri di attualità, specificità, effettività, revocabilità.

Emblematico, il rilievo del contenzioso processuale. Tra le prime ragioni addotte in sede civile nei procedimenti di responsabilità medica vi era, infatti, l'inadeguatezza del consenso informato. La medicina difensiva, il congestionamento delle aule giudiziarie è, senza dubbio, anche giustificata da tale gravissimo vuoto normativo.

Laddove il consenso, presupposto della legittimità dell'intervento del sanitario, difettava di una puntuale disciplina normativa, il rischio è infatti, una "sempre presunta" colpa medica. Per tale ragione, l'intervento normativo sulla responsabilità civile del medico della

---

<sup>133</sup> Cass.civile,IIIsez.,23.04.2001,sent.7027 in Massimario Corte Cassazione.

Legge Gelli-Bianco è stato seguito, dopo brevissimo tempo, da quello in materia di Biotestamento che, finalmente, ha codificato l'istituto del consenso informato<sup>134</sup>.

Per la prima volta, dunque, il legislatore interviene in questa delicata materia che, fino a questo momento, aveva visto solo il succedersi di interventi giurisprudenziali volti a tracciare i caratteri del consenso informato.

In primo luogo, il legislatore richiama le norme Costituzionali sulle quali si basa il consenso informato- ovvero gli articoli 2, 13, 32 Cost- nonché la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, a testimonianza del rapporto ormai viscerale tra legislazione nazionale ed europea. L'art. 1 della legge sul Biotestamento evidenzia chiaramente che *“nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata”*. Quindi, il legislatore richiede, come requisiti imprescindibili del consenso, la libertà e l'informazione del paziente in ossequio ai diritti fondamentali dell'individuo, tra i quali viene espressamente annoverato quello all'autodeterminazione. Come osservato da alcuni commentatori, la scelta di richiamare la libertà di autodeterminazione è sicuramente frutto di una evoluzione giurisprudenziale della funzione del consenso informato che è configurato come mezzo attraverso il quale il paziente esprime se stesso nella difficile fase della cura. Il legislatore, inoltre, ha dimostrato la particolare attenzione rivolta alla relazione medico-paziente frutto di una *“alleanza terapeutica”* come precedentemente evidenziato, che si consacra nel consenso informato nel quale *“si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico”*.

---

134 L. 219/2017 su [senatodellarepubblica.it](http://senatodellarepubblica.it);

La legge del 2017, dunque, codifica il consenso informato come vero e proprio diritto del paziente e, specificamente richiede che questo sia completo -ovvero indichi in maniera esauriente l'intervento sanitario da realizzare, le eventuali conseguenze iatrogene nonché il decorso post-operatorio- aggiornato ovvero attuale, che informi il paziente della sua immediata condizione di salute e, soprattutto, la norma richiede che il consenso sia comprensibile, dunque adeguato al registro del paziente, alla sua cultura.

È chiaro che si è inteso garantire un consenso reale e non solo formale che sia in grado di tutelare il paziente, ma anche lo stesso operatore sanitario.

Ma sicuramente la grande novità in materia è quella della scelta normativa di prevedere per il consenso la forma scritta o anche la videoregistrazione, considerando la diffusione di malattie degenerative che impediscono al paziente di esprimere per iscritto la propria volontà. Il comma 4, quindi, consacra un principio già espresso dalla giurisprudenza, sebbene osteggiato anche da una certa parte della dottrina<sup>135</sup>, della formalità di tale atto giuridico. La norma, inoltre, evidenzia che tale consenso, comunque espresso, deve necessariamente essere inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. Sotto questo profilo, si possono sicuramente osservare alcune criticità; l'intervento normativo appare- almeno sotto questo aspetto- dissociato dalla realtà concreta; è infatti purtroppo noto che nei presidi sanitari vi sia una vera e propria disorganizzazione in primis della cartella clinica-spesso del tutto assente- e va inoltre osservato che, presso diverse aziende sanitarie nazionali, ancora non è realtà il fascicolo sanitario elettronico. Bisogna però, allo stesso tempo, porre in rilievo sicuramente i pregi dell'intervento normativo che ha inteso, in primo luogo codificare l'istituto del consenso informato ed in secondo

---

135 E.QUADRI, *op.cit.*

luogo, ha voluto- sebbene per certi aspetti idealmente- realizzare una precisa “storia clinica” del paziente in tutte le fasi della cura, a tutela di quest’ultimo, ma anche dell’operatore sanitario.

Il consenso è, dunque, il fondamento dell’intervento sanitario, la base del rapporto medico paziente e il presidio in caso di eventuali responsabilità per il trattamento sanitario. Per tale ragione, l’intervento normativo del 2017 è stato plaudito con favore in dottrina, ma anche in giurisprudenza, in quanto, in una materia tanto delicata, si è posta la prima pietra miliare a favore di una certezza giuridica nei casi di responsabilità medica dai confini sempre tanto incerti.

## **VII. Violazione del Consenso informato: la responsabilità del medico per violazione dell'obbligo informativo e per intervento in assenza di consenso.**

Come evidenziato, dunque il consenso informato è imprescindibile per la legittimazione dell'attività medica, di conseguenza la violazione dello stesso ha delle sensibili ripercussioni in sede civile, ma anche in sede penale.

In presenza di un intervento sanitario necessario e correttamente eseguito, qualora lo stesso non sia stato preceduto dal consenso o sia privo di un consenso adeguato, circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, il medico potrebbe comunque essere chiamato a risarcire il danno alla salute del paziente. Perché il paziente ottenga un ristoro patrimoniale per la lesione del suo "diritto all'autodeterminazione" come postulato dalla giurisprudenza<sup>136</sup>, è necessario che questi provi, adeguatamente che, se fosse stato informato, avrebbe rifiutato l'intervento.

Dunque, qualora il medico, non ottenga il consenso del paziente, sarà responsabile per suddetta omissione e risponderà secondo una certa parte della dottrina<sup>137</sup>, a titolo extracontrattuale. A ben vedere, sotto questo profilo, la giurisprudenza<sup>138</sup> ha chiaramente configurato tale responsabilità come precontrattuale, operando un preciso richiamo all'art.1337 c.c. ; il medico, infatti è tenuto-in quanto professionista del settore- ad operare secondo buona fede nello svolgimento delle trattative che precedono il contratto. L'obbligo di informazione assume rilevanza nella fase precontrattuale in cui si forma il consenso del paziente al trattamento o all'intervento. Il consenso, infatti, oltre a legittimare l'intervento terapeutico, costituisce uno

---

<sup>136</sup> Cass.civ.,sez.III,n.9374/1997.

<sup>137</sup> M.NASO, La responsabilità del medico e i danni risarcibili, Cedam, 2012,p.187 ss.

<sup>138</sup> Cass. 25-11-1994 n.10014; Cass.15-01-1997 n.364;

degli elementi del contratto tra paziente e professionista avente ad oggetto la prestazione professionale, pertanto, l'obbligo di informazione, scaturisce anche dal dovere di buona fede cui si è tenuti nelle trattative e nella formazione rapporto tra le parti.

A tale approccio se ne contrappone un secondo che, invece, qualifica il difetto di consenso come un inadempimento del contratto professionale che lega medico e malato. La responsabilità professionale del medico -secondo questa tesi- anche nel caso in cui il professionista si limiti a illustrare la terapia o il tipo di intervento è di natura contrattuale e, per l'effetto, è il medico a dover dimostrare di aver adempiuto a questa obbligazione. Di conseguenza, sarà sufficiente la mera allegazione dell'inadempimento del dovere informativo, da parte del creditore-paziente, mentre graverà sul debitore-medico l'onere di fornire la prova dell'assolvimento dell'obbligo informativo posto a suo carico. Va inoltre sottolineato che il danno risarcibile non sarà un generico danno alla salute, ma la specifica violazione della libertà di autodeterminazione del paziente intesa come "danno conseguenza". Bisogna però, in merito all'onere probatorio, operare una netta distinzione tra due differenti casistiche, da un lato, l'ipotesi di danno da lesione alla salute verificatosi per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito, ma privo di adeguata informazione, dove è il paziente a dover dimostrare che, se adeguatamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento ed il caso di semplice violazione del diritto all'autodeterminazione senza ricadute apprezzabili in termini di danno biologico, in cui il paziente dovrà invece dimostrare la produzione di un danno non patrimoniale quale conseguenza dell'omessa informazione<sup>139</sup>. In ordine alla prova del nesso causale, inoltre sarà il paziente-danneggiato a dover dimostrarne la sussistenza. Sarà in questa ipotesi necessario

---

<sup>139</sup> La casistica annovera la risarcibilità dei danni a favore dei testimoni di Geova Cass. Civ. sez.III n.23676/2008 e Cass.civ.n.4211/2007;



provare, secondo un giudizio contro fattuale, che la corretta informazione, avrebbe evitato il danno anche in virtù del più generale principio della “vicinanza della prova”. Sotto il profilo della liquidazione del danno, infine, va evidenziato che, il danno alla libertà di autodeterminarsi, offesa dalla mancanza o inadeguatezza del consenso, va tenuto distinto dal danno alla salute; il danno alla autodeterminazione infatti è un vero e proprio danno morale soggettivo che verrà comunque liquidato a titolo di danno non patrimoniale ex 2059 c.c. e modulato sulla gravità dell’offesa nel caso concreto. Dunque, l’assenza di consenso informato e la sua inadeguatezza hanno delle chiare ripercussioni in sede civile in termini di danno risarcibile, ma non solo, in mancanza di idoneo consenso infatti, si fanno strada anche risvolti di natura penale ed è ravvisabile, l’ipotesi di trattamento sanitario arbitrario, idonea a configurare anche una responsabilità penale del medico<sup>140</sup>. Va infatti evidenziato, sotto questo profilo che dal 1992 (anno della prima sentenza della Cassazione in tema di trattamento arbitrario) al 2010 si sono succedute una decina di pronunce, in cui la Corte ha espresso principi di diritto diversi, a volte anche in netto contrasto tra loro, sulla responsabilità penale del sanitario<sup>141</sup>. Nel 1992<sup>142</sup>, dirompente fu la pronuncia della suprema Corte di Cassazione, sez. V<sup>143</sup> nel caso *Massimo* che confermò la condanna del chirurgo,

140 Sulla centralità del consenso al trattamento medico, G.VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2004, 308 ss.; R.PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 463 ss., i quali fanno assurgere il consenso a vera e propria regola cautelare. Da ultimo, sul ruolo del consenso informato, P. CANESTRARI, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, VII, Torino, 2011, 681 ss.

141 F.VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141 ss.; P. SALCUNI, *Riflessioni sul trattamento sanitario arbitrario e la parabola del consenso informato: lo stato dell’arte*, in *Ind. Pen.*, 2010, 599 ss.

142 M.MANNA, *Fondamento e limiti della liceità penale del trattamento medico chirurgico*, in *Studium Juris*, 1997, 304; Id., *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. Pen.*, 2004, 453.

143 Cass., sez. V, 21 aprile 1992 n. 5693, *Massimo*, in *Cass. pen.*, 1993, 63 ss; critico rispetto alla decisione, tra gli altri, v. Giunta, *Il consenso informato all’atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 401.

pronunciata dai giudici di merito, per il reato di omicidio preterintenzionale. In questo caso il medico aveva proceduto all'asportazione totale addominoperineale del retto di un'anziana paziente, in seguito deceduta per complicanze legate al trattamento eseguito; la paziente aveva prestato il proprio consenso all'esecuzione di un meno invasivo intervento di asportazione transanale di un adenoma villosa, e pertanto, l'intervento più invasivo, era privo di idonea autorizzazione. I giudici della Suprema Corte, confermando la pronuncia di merito, evidenziavano che, *"correttamente veniva configurata nella fattispecie l'antigiuridicità della condotta del chirurgo, che contraddistingue in maniera evidente, una lesività dolosa"*.

Il reato di lesioni volontarie, dirimente in tale circostanza, infatti, prevede sotto il profilo dell'elemento psicologico, una compatibilità con l'atto medico, al pari di un qualsiasi atto lesivo della integrità fisica, posto che la legge non esige che il soggetto agisca per uno scopo o un motivo illecito. Il fine che l'agente si propone è irrilevante per il dolo generico, il chirurgo, quindi, ebbe sotto il profilo intellettuale, la rappresentazione dell'evento lesioni e, sotto quello volitivo, l'*intenzione diretta* a realizzarlo, ovvero la consapevole volontà di ledere l'altrui integrità personale senza averne diritto e senza che ve ne fosse la necessità. Venne pertanto riconosciuta la responsabilità penale del medico per omicidio. Chiara la *ratio decidendi*: "ogni intervento chirurgico - o quanto meno ogni intervento chirurgico che produca immediatamente una apprezzabile, anche se transitoria, menomazione funzionale nell'organismo del paziente - cagiona una 'malattia' ai sensi delle norme in tema di lesioni personali, indipendentemente dall'esito finale - fausto o infausto - del trattamento stesso. Muovendo da tale presupposto, la Suprema Corte, ravvisò il dolo diretto delle lesioni personali (necessario per il configurarsi del delitto di omicidio

preterintenzionale) in capo al medico che, operando la donna, chiaramente intendeva comunque garantire un esito fausto dell'intervento ma, data la dinamica dell'operazione e l'assenza di consenso da parte della paziente, non poteva non essersi rappresentato come certa la verifica di una malattia quale inevitabile conseguenza del trattamento chirurgico.

L'orientamento espresso dalla sez. V della Cassazione nel caso Massimo venne successivamente rimesso in discussione nel 2001 dalla sez. IV della Suprema Corte. Il caso, molto simile a quello indagato dalla Cassazione 1992, vide imputato il dott. *Barese* che, ottenuto dalla paziente il consenso all'asportazione chirurgica di una cisti ovarica, nel corso dell'intervento, avvedutosi della presenza di una massa tumorale, decise di procedere all'asportazione di tale massa e dell'intero utero. Anche in questo caso, la paziente morì in conseguenza di complicanze legate all'intervento, ma il chirurgo non venne condannato per omicidio preterintenzionale, bensì per omicidio colposo, avendo eseguito l'intervento in maniera imperita. La Cassazione esclude l'omicidio preterintenzionale mancando il requisito della "direzione" degli atti richiesto dall'art. 584 c.p. per il 'delitto base' di percosse o lesioni; il medico, in altre parole, quando eseguì l'intervento non agì con l'intenzione di cagionare una lesione alla paziente, sicché la conseguente morte non voluta della paziente poteva essergli imputata a titolo di omicidio colposo e non preterintenzionale<sup>144</sup>.

Dunque, anche in questa ipotesi, l'assenza di un consenso espresso al trattamento sanitario, configura una responsabilità penale del medico, in caso di esito infausto dell'intervento.

Tale approccio viene ribadito successivamente dalla pronuncia della IV sezione della Cassazione del caso Firenzani<sup>145</sup>. In tale ipotesi, la

---

144 F.VIGANÒ, *op.cit*

145 Cass. Pen. Sez. IV 35822/2001, *Dir pen. proc.*, 2002, 447 ss

S.C. condannò il chirurgo per lesioni colpose, per aver effettuato un intervento di artroscopia diagnostica su una paziente affetta da gonalgia al ginocchio *sinistro*, erroneamente operando il ginocchio *destro*, dal quale aveva asportato il menisco, e ciò sebbene – per puro caso – l’operazione si fosse comunque rivelata utile e correttamente eseguita, in quanto anche il ginocchio operato evidenziava una patologia che rendeva indicata l’asportazione del menisco. In questo caso i giudici chiariscono senza mezzi termini che in caso di trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente “il delitto di lesioni personali ricorre nel suo profilo oggettivo, poiché qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito ‘fausto’, implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità estrinsecano l’elemento oggettivo di detto reato, ledendo l’integrità corporea del soggetto. Su quest’ultimo punto, si sottolinea che il reato di lesioni sussista anche quando il trattamento eseguito a scopo terapeutico abbia esito favorevole, e la condotta del chirurgo nell’intervento sia di per sé immune da ogni addebito di colpa, ‘non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato di salute’

La giurisprudenza però, era piuttosto ondivaga rispetto alle ipotesi in cui, pur in assenza di consenso al trattamento medico chirurgico, l’intervento avesse avuto un esito fausto. In alcune pronunce infatti, veniva esclusa la responsabilità medica in caso di esito fausto, in altre invece venivano configurati i reati di lesione, violenza privata, omicidio preterintenzionale.

Finalmente, sul finire del 2008, le *Sezioni Unite* fanno sentire la loro voce<sup>146</sup>. La vicenda principia da un “intervento di laparoscopia operativa” e, senza soluzione di continuità, a “salpingectomia” che determinò l’asportazione della tuba sinistra. Alla stregua della ricostruzione operata dai giudici del merito, l’intervento demolitorio

---

<sup>146</sup> FIANDACA, *Luci e ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico chirurgico arbitrario*, in *Foro It*, 2009, p.306 ss.

risultò essere stato una scelta corretta ed obbligata, eseguita nel rispetto della *lex artis* e con competenza superiore alla media; tuttavia, secondo l'assunto accusatorio, senza il consenso validamente prestato dalla paziente, informata soltanto della laparoscopia. Secondo i primi giudici, infatti, già in fase di programmazione della laparoscopia erano prevedibili l'evoluzione di tale intervento in operativo e l'elevata probabilità di asportazione della salpinge. Pertanto, il fatto che il medico non avesse ravvisato gli estremi per procedere all'interruzione dell'intervento, considerata la mancanza del pericolo di vita e, quindi, del presupposto dello stato di necessità, evidenziava- secondo la tesi accusatoria- una chiara responsabilità del sanitario. Emerge subito un'importante differenza fra il caso all'esame delle Sez. un. e i casi affrontati negli anni precedenti dalle sezioni semplici della Corte: in questo caso ci troviamo in presenza di un *trattamento medico eseguito correttamente e dall'esito clinicamente "fausto"*; la rimozione del salpinge, infatti, pur determinando nella donna la diminuzione della capacità di procreare, era la soluzione medicalmente più indicata per quella patologia e venne eseguita a regola d'arte dal chirurgo. Il giudice di prime cure però qualificò il fatto come violenza privata, qualificazione confermata dalla Corte d'Appello che contestualmente rilevò la prescrizione del reato;

La Sez. V della Corte rimise la decisione alle Sez. un., ritenendo pregiudiziale la soluzione di due quesiti: "se abbia o meno rilevanza penale" e, nel caso di risposta affermativa al primo quesito, "quale ipotesi delittuosa configuri la condotta del sanitario che, in assenza di consenso informato del paziente, sottoponga il medesimo ad un determinato trattamento chirurgico nel rispetto delle 'regole dell'arte' e con esito fausto".

Quanto al primo aspetto - osserva la Sezione rimettente - "si registrano due diversi orientamenti. Secondo una parte della

giurisprudenza, infatti, il consenso del paziente fungerebbe da indefettibile presupposto di liceità del trattamento medico, con la conseguenza che la mancanza di un consenso opportunamente 'informato' del malato, o la sua invalidità per altre ragioni, determinerebbe la arbitrarietà del trattamento medico e la sua rilevanza penale, salvo le ipotesi in cui ricorra lo stato di necessità ovvero se specifiche previsioni di legge autorizzino il trattamento sanitario obbligatorio ai sensi dell'art. 32 Cost. Secondo altro orientamento, invece, in ambito giuridico, in genere, e penalistico, in particolare, la volontà del paziente assolve un ruolo decisivo soltanto quando sia espressa in forma negativa, essendo il medico - allo stato del quadro normativo attuale - 'legittimato' a sottoporre il paziente affidato, alle sue cure, al trattamento terapeutico che giudica necessario alla salvaguardia della salute dello stesso anche in assenza di un esplicito consenso, con conseguente irrilevanza del problema della esistenza di eventuali scriminanti, in quanto è da escludere 'in radice' che la condotta del medico che intervenga in mancanza di consenso informato possa corrispondere alla fattispecie astratta di un reato.

Quanto al secondo quesito, concernente il tipo di reato eventualmente ipotizzabile, la Sezione rimettente osserva che: "secondo una prima interpretazione, il medico che intervenga su un paziente in assenza di congruo interpello, risponde di lesioni volontarie, pur quando l'esito dell'intervento sia favorevole. Ciò in quanto qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito fausto, implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità integrano il concetto di malattia di cui all'art. 582 cod. pen.; precisandosi che il criterio di imputazione soggettiva dovrà essere invece colposo, qualora il sanitario agisca nella convinzione, per negligenza o imprudenza, della esistenza del consenso. Secondo altro indirizzo, invece, l'arbitrarietà

dell'intervento - che non potrà mai realizzare il delitto di lesioni, essendo il trattamento medico chirurgico volto a rimuovere e non a cagionare una malattia - può assumere rilevanza penale solo come attentato alla libertà individuale del paziente e rendere perciò configurabile esclusivamente il delitto di violenza privata.

Al primo quesito, le Sez. unite danno risposta affermativa: escludono, cioè, che il trattamento medico si 'autolegittimi' *e aderiscono all'orientamento che fonda nel consenso del paziente il presupposto di liceità del trattamento*, senza peraltro identificare tale consenso con l'istituto di cui all'art. 50 c.p. Ma al contempo rilevano come *sul piano penale assuma rilevanza solo l'espresso dissenso del paziente* a sottoporsi a un determinato trattamento. E sulla scorta della soluzione data al primo quesito rispondono al secondo, *escludendo che il trattamento arbitrario con esito fausto possa integrare la fattispecie di lesioni personali*.

Dunque, l'attività medica trova la sua base di legittimazione nelle norme costituzionali che tratteggiano il bene salute come diritto fondamentale dell'individuo, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, dalle fonti internazionali (Convenzione sui diritti del fanciullo, Convenzione di Oviedo, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e da leggi dell'ordinamento (legge sulla donazione di emoderivati, legge sulla procreazione medicalmente assistita e legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale). Quindi il "presupposto indefettibile che giustifica il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole, - salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere - della persona che a quel trattamento si sottopone";

Stante tale premessa, il trattamento medico in assenza di consenso dovrebbe essere considerato per ciò solo "invasivo del diritto della persona di prescegliere se, come, dove e da chi farsi curare". Ma,

da tale illiceità, non può farsi discendere automaticamente la *penale rilevanza* del fatto del medico: se infatti è pacifica la penale rilevanza del trattamento praticato *contro* la volontà del paziente (anche quando abbia esito fausto), non altrettanto può dirsi del trattamento praticato in assenza del consenso (come nel caso di specie). Non è prospettabile il delitto di violenza privata in quanto manca sia dell'elemento della violenza, sia dell'elemento della costrizione: l'unica forma di 'violenza' praticata dal medico sul paziente, infatti, consiste nell'esecuzione del trattamento, che è evento della violenza privata e dunque non può rappresentare al tempo stesso anche la condotta, inoltre, non può poi esservi costrizione su un soggetto anestetizzato (qual è il paziente che si sottopone al trattamento), difettando quel requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e soggetto passivo che costituisce presupposto indefettibile della costrizione.

Esclusa la sussumibilità nella fattispecie di violenza privata, le Sez. un. procedono dunque a vagliare l'ipotesi della sussumibilità del trattamento arbitrario nel delitto di lesioni personali. E correttamente muovono dall'analisi del fatto tipico, concentrando da subito l'attenzione sul requisito della 'malattia', evento del delitto di lesioni, che definiscono adottando la più moderna nozione 'funzionalistica' elaborata dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui malattia non è qualsiasi alterazione anatomica dell'organismo, bensì "un'alterazione da cui deriva una limitazione funzionale o un significativo processo patologico o una compromissione, anche non definitiva ma significativa, di funzioni dell'organismo"; se questo è l'evento del delitto di lesioni, concludono le Sez. un., allora il trattamento che abbia esito *fausto* non integrerà mai il fatto tipico del delitto, perché *all'esito del decorso postoperatorio non si avrà alcuna alterazione funzionale significativa nell'organismo*. È infatti a quest'ultimo



momento che il giudice deve guardare e non al momento dell'incisione chirurgica, per valutare se via sia o meno una 'malattia' nel senso proprio dell'art. 582: ciò è imposto dall'oggetto giuridico del delitto di lesioni, la salute, che non può dirsi lesa qualora il trattamento sia esitato nella guarigione del paziente.

Dunque, tale ricostruzione effettuata dalle Sezioni Unite, tuttora dibattuta ma non rinnegata dalla giurisprudenza successiva, evidenzia come il consenso svolga un ruolo essenziale nel trattamento sanitario ma allo stesso tempo, guardando all'esito dell'intervento sanitario, correttamente esclude la responsabilità penale del medico in caso di esito fausto. Chiara la *ratio*. Il sistema penale è il sistema della sanzione e della pena, pertanto, la responsabilità penale deve essere una *extrema ratio*.

Differente invece l'approccio del civilista. In un sistema riparatorio e compensativo, quale quello della responsabilità e dell'illecito civile, il consenso, assume un ruolo di primo piano e la mancanza dello stesso, giustifica, come vedremo, la pretesa risarcitoria prescindere dall'esito del trattamento sanitario.

Due sistemi paralleli, due approcci diversi, l'epicentro resta però il consenso informato.

## **Capitolo II**

**La natura della responsabilità civile del medico: il mai sopito dibattito.**

## **I-La complessità del dibattito:le ragioni.**

La responsabilità civile del professionista è, da sempre, al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in diritto civile ed è possibile affermare che nei casi in cui il professionista è l'operatore sanitario che opera in una materia contraddistinta dall'alto tasso di aleatorietà, difficilmente tale dibattito potrà dirsi sopito.

Depongono in tal senso, i continui interventi giurisprudenziali prima e normativi poi succedutisi in un arco temporale, a ben vedere, piuttosto limitato.

Diverse le ragioni.

Sicuramente l'attività medica, come evidenziato, involge il diritto fondamentale per antonomasia -ovvero il diritto alla salute- e, pertanto, la disciplina di una materia così sensibile appare particolarmente complessa.

In secondo luogo, il settore solo di recente è stato interessato da precisi interventi normativi, precedentemente, infatti la normativa- laddove non del tutto assente- era comunque poco armonica, poco tecnica, imprecisa e, dunque, giustificava ondivaghi interventi dell'interprete. Inoltre, non va trascurato che l'attività medica involge anche un più complesso dibattito relativo alla allocazione delle risorse statali e regionali al fine di garantire una medicina che sia soprattutto "etica".

Il sistema sanitario occidentale, secondo alcuni, segue una tripartizione: Stato, operatori sanitari, pazienti. Tali categorie, un tempo allineate, appaiono attualmente in aperto contrasto, stante la ormai diffusa piaga della medicina difensiva.

La "leale collaborazione" di queste tre categorie realizzerebbe infatti, una attività sanitaria efficiente, etica ed in continuo sviluppo

ma, tale modello, appare attualmente una utopia. Si assiste, alla assoluta mancanza di dialogo tra Stato ed operatori sanitari e tra questi ultimi ed i pazienti, ad esclusivo danno dell'attività medica<sup>147</sup>. In un sistema ideale, infatti, la classe sanitaria dovrebbe essere determinante per le decisioni dello Stato e degli Enti locali prima di tutto nell'allocazione delle risorse economiche. Sono gli operatori del settore che conoscono i bisogni, le problematichità e le necessità delle strutture sanitarie e, pertanto, dovrebbero rivestire un ruolo attivo nella determinazione e nella allocazione delle risorse economiche. Questi ultimi, infatti, sarebbero gli unici a sapere indicare, con precisione, il *quantum* delle risorse da stanziare- al fine di evitare gli sprechi- nonché il *modus* delle allocazioni delle risorse- al fine di garantirne una equa redistribuzione- ed infine a definire, in maniera tecnica e puntuale, il tipo di risorse da acquisire. Ma, come evidenziato, non sussiste un adeguato dialogo tra i soggetti coinvolti in questo delicato settore.

Pertanto, è possibile affermare che la *malpractice* medica -intesa come fenomeno unitario- è sicuramente anche legata all'inadeguatezza della spesa sanitaria. Gli operatori sanitari, infatti, frequentemente, non hanno i mezzi per realizzare una "medicina di qualità" e le stesse strutture sanitarie, spesso risultano sfornite degli strumenti necessari per consentire agli operatori del settore una cura adeguata dei pazienti.

Le ripercussioni sono assai gravose. In primo luogo, è a rischio la salute dei pazienti ma soprattutto, nel lungo termine, il problema sarà la sempre più diffusa attività medica privatizzata a danno, naturalmente, dei cittadini privi di cospicue risorse economiche.

Dunque, il problema della malasana, non è solo legato agli errori medici ma anche alla inadeguata gestione delle risorse. Inoltre

---

147 A. DELL'ERBA-V.FINESCHI, *La tutela della salute*, Giuffrè, 1993, p.2 ss.

-come evidenziato da autorevole dottrina<sup>148</sup>- la responsabilità civile del medico, non di rado, sussiste anche nel caso in cui sia la struttura sanitaria e le risorse della stessa ad essere inadeguate. Dunque, il rischio è vedere il professionista sia ritenuto responsabile anche laddove non vi sia una propria *malpractice* ma piuttosto una cattiva politica delle risorse nel settore. Spesso, infatti la giurisprudenza fa carico al professionista che agisce nel contesto di una specifica struttura sanitaria -pubblica o privata- di adottare “tutte le misure idonee volte ad ovviare alle carenze strutturali ed organizzative incidenti sugli accertamenti diagnostici e sui risultati dell’intervento”. Quindi, si finisce con l’addossare all’operatore sanitario anche le carenze della struttura sanitaria in quanto si è creato -per via ermeneutica- un vero e proprio obbligo per il medico di controllare anche la idoneità strutturale dell’ospedale o della casa di cura privata.

Al fine di non compromettere il rapporto con il paziente e di prevenire la medicina difensiva, sarebbe pertanto opportuno che l’attività politica si concertasse più assiduamente con i professionisti del settore, solo in questo modo, infatti, si potrebbe garantire un razionamento del comparto sanitario evitando gli sprechi. L’obiettivo, infatti, non sarebbe solo il democratico “curare tutti” spesso in maniera mediocre, ma piuttosto “curare tutti al meglio”<sup>149</sup>.

La giusta allocazione delle risorse infatti, dovrebbe tenere in considerazione i dati empirici riscontrati in ogni struttura sanitaria, il contesto sociale, economico, il luogo dove il professionista è chiamato ad operare. L’allocazione delle risorse, infatti, deve redistribuire le stesse nei settori di maggior richiesta e rilievo, operando un corretto bilanciamento. Non va dimenticato che

---

148 E.QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relative assicurazione nella prospettiva dell’intervento legislativo*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.51.

149R. ATTFIELD, *The global distribution of health care resources*, J. Med. Ethics, n. 16, 1990, p.153-156.

l'attività sanitaria opera a livello locale e, pertanto, che in un certo contesto, ad esempio, sarà maggiormente richiesta una attività diagnostica e non di ricerca, mentre in altri contesti accadrà il contrario.

Per questo motivo la triade: Stato, medico, paziente deve necessariamente ricercare la leale collaborazione. Opportuna a questo punto anche una fondamentale distinzione quella tra la macroallocazione e microallocazione<sup>150</sup> delle risorse; la macroallocazione risponde all'esigenza di attribuzione delle risorse decisa al livello verticistico, ossia quello politico, si tratta dunque dello stanziamento e della attribuzione all'interno del settore sanitario delle risorse, in funzione dei comparti di prevenzione, cure mediche, riabilitazione, ricerca e formazione universitaria e di determinare come comporre la gerarchia degli interventi e quali settori vanno alimentati in modo prioritario rispetto agli altri, determinando l'attribuzione delle risorse soprattutto in relazione a determinate malattie (guardando alla diffusione, pericolosità) ed a specifici gruppi di pazienti (età, gruppi sociali e aree di residenza)<sup>151</sup>. Si tratta, dunque, delle decisioni di politica sanitaria. Nel passaggio dalla macroallocazione alla microallocazione si attua invece, uno spostamento di competenze dalla politica alla medicina. La macroallocazione rientra nell'ambito decisionale politico e, come evidenziato, opera in totale assenza o quasi totale assenza della concertazione con gli operatori sanitari. La microallocazione, invece, spetta ai dirigenti delle strutture che decidono come redistribuire le risorse stanziare a livello centrale.

Le continue razionalizzazioni operate a livello centrale, si sono però spesso rivelate tentativi di razionamento. La riduzione dei costi

---

150 A.EDGAR, *The ethical QALY: an investigation of the ethical implications of measures of quality of life applicable to a range of diseases and health states for use in the allocation of resources in prevention diagnosis and treatment. A report to the Commission of the European Communities*, 1995, Cardiff, Centre for Applied Ethics, p. 69.

151 R.ATTFIELD, *The global distribution of health care resources*, J. Med. Ethics, (1990) ,p.153-156.

materiali, ad esempio, attuata installando laboratori comuni per ospedali diversi, limitando il numero degli accertamenti radiografici e prescrivendo farmaci più economici, rischia compromettere la qualità dell'azione medica e di conseguenza, il diritto alla salute. Pertanto, appare evidente che se da un lato è necessario il contenimento degli sprechi, assai comuni nel settore sanitario, dall'altro tale politica di riduzione delle spese, rischia di gravare il paziente e di alimentare la medicina difensiva, con un evidente paradosso. Si risparmia sulle risorse stanziare alle strutture sanitarie, e contestualmente, aumentano i casi di malasanità dovuti a carenze strutturali, aumenta il contenzioso contro il medico e la struttura sanitaria e, di conseguenza, le spese processuali annullano, quasi per intero, il risparmio di spesa effettuato a monte.

Quindi tra le prime cause del dibattito sull'attività medica vi è quella della poco razionale distribuzione delle risorse economiche ma, naturalmente, non è la sola.

È stato precedentemente evidenziato come tra le principali ragioni della diffusione del patologico fenomeno della medicina difensiva, vi sia il mutato rapporto tra medico e paziente. Si è infatti, passati dal paternalismo medico all'alleanza terapeutica e, da quest'ultima, alla medicina difensiva.

L'atteggiamento di diffidenza e disistima del sanitario, cavalcato da una certa classe forense e alimentato da carenze normative, è alla base di un cospicuo contenzioso medico dall'esito assolutamente incerto a priori e spesso frutto di pronunce giurisprudenziali contraddittorie ed ondivaghe.

Quindi, sicuramente l'allocazione delle risorse economiche nel sistema sanitario è tra le cause di tale ormai endemico fenomeno, ma l'incremento della medicina difensiva è anche soprattutto da

ricercare nella componente “umana” ed ancor di più della frammentazione normativa, giurisprudenziale ed in parte dottrinale.

Dunque, se il medico è responsabile di una propria *malpractice* è tenuto, come ogni professionista a risponderne, civilmente e penalmente, considerato il rilievo del diritto alla salute nel nostro sistema. Ma il medico non può divenire né un burocrate-esecutore né un capro espiatorio di un sistema politico-sociale-giuridico al collasso.

In conclusione va posto in rilievo che bisogna sempre tenere a mente che il compito della medicina e del medico è quello di descrivere il passato, comprendere il presente, prevedere il futuro mentre il compito del diritto è lo “*ius dicere*” quindi quello di dare certezza, soprattutto in un settore tanto delicato come quello sanitario. Per questa ragione, autorevole dottrina<sup>152</sup>, ha posto in evidenza che in realtà sarebbe più opportuno in questo peculiare settore, discorrere di *responsabilità medica* piuttosto che adoperare l’usuale terminologia di responsabilità *del medico*, in quanto oggi non si deve tener conto solo del rapporto medico-paziente e della *malpractice* medica come fonte di responsabilità ma considerare che vi è un’ area di responsabilità molto più ampia che involge anche la struttura e i mezzi a disposizione dell’operatore sanitario infatti, proprio per questo motivo, diversi esponenti della dottrina discorrono di un vero e proprio “sottosistema” della responsabilità civile.

---

152 G. ALPA, *Dal medico alla équipe, alla struttura, al sistema*, in Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.13.



## **II. La responsabilità civile del medico: vecchi problemi, nuove tendenze; il ruolo dell'art.2236 c.c.**

Per identificare correttamente la responsabilità dell'operatore sanitario è assolutamente necessario evidenziare che questi è, prima di tutto un professionista.

La delicatezza del settore in cui opera- ovvero la salute umana- è sicuramente alla base di un dibattito mai sopito sulla responsabilità sanitaria. Originariamente, come osservato, emergeva un sostanziale favor per il medico in quanto esercente di una professione in cui non vi sono certezze.

Come osservato da autorevole dottrina<sup>153</sup> il risultato a cui tende la prestazione sanitaria è sempre e solo "tendenziale" e, secondo il tradizionale approccio, le eventuali negligenze ed imperizie erano da valutare sempre e comunque in base alla reale difficoltà dell'intervento. Va però sottolineato che, in caso di "inadempimento" della obbligazione del professionista, il rischio non è la lesione di un qualunque diritto, ma la lesione del diritto all'integrità fisica, alla salute e alla vita, diritti fondamentali del nostro sistema normativo e Costituzionale.

È senz'altro questa una delle principali ragioni di tale mai sopito dibattito.

L'analisi della responsabilità del sanitario -e la sua evoluzione- evidenzia come si tratti di un settore ove i confini tra la responsabilità aquiliana e quella contrattuale sfumano e si sovrappongono, per dare vita, in una sorta di osmosi, ad una configurazione giuridica che partecipa dei caratteri di entrambe; si

---

<sup>153</sup>G.ALPA, *Dal medico alla équipe, alla struttura, al sistema*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.14.

realizza, invero, una ibridazione tra le due forme di responsabilità anche perché appare evidente che, una inesatta esecuzione della prestazione del sanitario, generi una lesione al diritto costituzionalmente tutelato alla salute e, dunque, un “danno ingiusto” con una conseguente trasmigrazione della responsabilità contrattuale nell’area della responsabilità extracontrattuale. Preliminarmente, è necessario evidenziare che l’obbligazione del professionista, nel settore sanitario è, da sempre, al centro della difficile allocazione tra “obbligazione di mezzi-obbligazione di risultato”.

Il rapporto obbligatorio infatti, come risaputo, consiste in una pretesa di un soggetto-creditore alla prestazione concordata con il debitore. Pertanto, l’obbligo di condotta, oggetto dell’obbligazione, consiste in un comportamento che il debitore deve necessariamente tenere affinché possa essere realizzato l’interesse del creditore. Laddove però la prestazione sia di natura sanitaria, sorgono le difficoltà.

In primo luogo è necessario evidenziare i soggetti di questo peculiare rapporto: il debitore è il medico, il creditore è il paziente, oggetto della prestazione è l’intervento sanitario. La dottrina, sulla scorta della dicotomia propria del diritto francese<sup>154</sup>, avallata dalla

---

<sup>154</sup> La paternità della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato si deve, anche se non in maniera pacifica, al giurista francese René Nicolas André Demogue che, nel 1925 evidenziò tale dicotomia nel “*Traité des Obligations en Général*”. Dal punto di vista formale, infatti, nessun dubbio sorge sulla paternità della terminologia “*obligation de moyen*”, riconducibile alla elaborazione operata da Demogue. suddetta definizione iniziò a diffondersi e a essere utilizzata oltre che dalla dottrina francese, anche dalla stessa giurisprudenza. Siffatta distinzione, tuttavia, seppur con diverse denominazioni, era già conosciuta, sia nella letteratura giuridica teutonica sia in quella italiana. Appare, in tal senso, sovrabbondante l’espressione di alcuni giuristi francesi secondo cui codesta ripartizione risulta “*pur produit du génie juridique national*”. Un autorevole autore tedesco, in una analisi al progetto del Bürgerliches Gesetzbuch, diversi lustri addietro dalla celebre denominazione, operata dal Demogue, aveva, infatti, già ammesso l’opportunità di una simile differenziazione. L’asserzione riconducibile ad un celebre pandettista<sup>12</sup> costituiva, probabilmente, il frutto della metodologia sviluppata dalla stessa Scuola, orientata alla riscoperta del diritto romano<sup>13</sup>, da cui traeva la propria fonte. Recentemente, d’altronde, nel tentativo di individuare il fondamento e l’origine di codesta classificazione, è stato affermato<sup>14</sup> che, in realtà, la distinzione tra “mezzi e risultato” costituisce il frutto di un’attenta osservazione dei meccanismi della logica giuridica che sorge sin dai primi giorni della storia del diritto. La denominazione *obligation de moyen et obligation de résultat* è, in ogni caso, relativamente recente e, in passato, furono, comunque, prospettate altre qualificazioni formali. Le incertezze attinenti alla nomenclatura, pur essendo oggi convenzionalmente superate anche alla luce dei principi Unidroit, hanno costituito il riflesso del diverso modo di concepire l’utilità giuridica della distinzione. Per ulteriori approfondimenti R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, V, Paris, 1925, n. 1237 p. 538 ss; G. ALPA, *Dal medico alla équipe, alla struttura, al*

giurisprudenza, suole però, da sempre, operare una differenziazione relativamente alle prestazioni di natura professionale, tra obbligazioni di mezzo ed obbligazioni di risultato.

In alcune ipotesi, infatti, il debitore si impegna a raggiungere un risultato predeterminato con il creditore ed è in grado di soddisfarne le pretese eseguendo la prestazione pattuita questa ipotesi si ravvisa solitamente nei rapporti in cui è dedotta in obbligazione una precisa opera, una fornitura, ovvero nel caso in cui il debitore si impegni a raggiungere un fine specifico, concordato con la parte creditrice. Il debitore che, sebbene diligente, non abbia raggiunto il risultato predeterminato sarà inadempiente all'obbligazione e, pertanto, responsabile.

Profondamente diversa è invece l'obbligazione di mezzi.

In questa ipotesi, infatti, il debitore non può, con certezza assoluta raggiungere un determinato risultato, in quanto aleatorio, in certo *ex se*. Dunque, in tali casi, il debitore si obbliga ad eseguire la prestazione in maniera diligente, professionale, corretta, quindi a svolgere l'attività necessaria ed utile in vista di un risultato che però il creditore "spera" di conseguire. Il debitore assicura la diligenza professionale e non già la realizzazione del fine. Proprio per questa ragione si discorre, di obbligazioni di mezzi.

Le obbligazioni di diversi professionisti, sono state qualificate come obbligazioni di mezzi e non già di risultato (si pensi a quella dell'Avvocato e, naturalmente a quella del medico). Nell'attività professionale, infatti, spesso, manca "l'opus" materiale, il controllo

---

*sistema*, in Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.14. Tale denominazione è però anche fortemente criticata da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in riv. di dir. comm., 1954, p. 192, l'A. suggerisce di sostituire l'espressione "obbligazione di mezzi" in "obbligazioni di (semplice) comportamento" nonché F. BERNHÖFT, Kauf, Miethe und verwandte Verträge, nei Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines BGB für das deutsche Reich, diretti da E. I. Bekker e O. Fisher, XII, Berlino 1889, p. 17 e C. A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medioevale e moderno*, Digesto disc. priv., 1995, nota 16. L'A. sottolinea come i giuristi romani possedevano chiare le nozioni e impiegavano opportunamente la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, pur essendo stata quest'ultima, per la prima volta, formalmente individuata dalla dottrina francese moderna.

della materia, per questa ragione, in alcuni settori non si può assicurare un risultato certo. Naturalmente non è possibile una assoluta generalizzazione. Esistono, infatti, anche attività di professionisti intellettuali che guardano al risultato -si pensi all'attività dell'ingegnere o dell'architetto nella realizzazione di un'opera- ma per le professioni "aleatorie" come quella del medico o anche dell'avvocato, il risultato -così come originariamente inteso- non può essere garantito o comunque, non sempre. In queste ipotesi ci imbattiamo però in prestazioni che devono essere eseguite da professionisti della materia e, pertanto, non sarà richiesta al debitore una diligenza generica, quanto piuttosto che l'obbligazione venga eseguita con la diligenza professionale<sup>155</sup>.

Il codice civile dedica alla disciplina dell'esercizio delle professioni intellettuali il capo II, titolo III del libro V; tali disposizioni normative contengono i principi cardine per lo svolgimento dell'attività di natura intellettuale, pur trattandosi comunque di disposizioni che devono essere integrate ed attuate anche alla luce delle leggi speciali, dei regolamenti e dei codici deontologici che disciplinano lo svolgimento delle singole professioni<sup>156</sup>.

Dunque, gli elementi caratterizzanti il contratto d'opera intellettuale sono individuabili, da un lato, nella prevalenza del carattere intellettuale della prestazione rispetto al lavoro manuale, dall'altro lato, nella discrezionalità del prestatore d'opera nell'esecuzione della prestazione. Nella prestazione di opera intellettuale la discrezionalità si concretizza nella scelta della *lex artis* più idonea alla soluzione del caso concreto- talvolta conformandosi a precise linee guida- al fine di garantire l'esatta esecuzione della prestazione. Tale valutazione, ad opera del professionista-debitore, viene effettuata attraverso l'utilizzo delle energie e delle conoscenze professionali e tecniche in

---

155 F.CARINGELLA, *Studi di diritto Civile*, Giuffrè, 2012, p.695 ss.

156 F. SANTORO PASSARELLI, Professioni intellettuali, in *Noviss. Dig*, XIV, Torino, 23 ss.;  
MARCHETTO, A. PRADI, *Professioni Intellettuali*, Digesto, 1997.

possesso del debitore. La presenza di questi elementi qualificanti ha contribuito, per un lungo periodo di tempo, alla collocazione dell'obbligazione del professionista intellettuale all'interno della categoria delle obbligazioni di mezzi. Il punto di sutura tra le obbligazioni di mezzi e le professioni intellettuali era, infatti, ravvisabile proprio nel carattere qualitativamente intellettuale dell'attività del debitore, la cui attuazione- indipendentemente dalla concretizzazione del risultato soggettivamente atteso dal creditore- costituiva esatto adempimento della obbligazione con l'effetto di realizzare, dunque, la scissione tra i mezzi ed il risultato anelato. Ciò comportava un'indiscussa area di privilegio per il prestatore di opera intellettuale rispetto alle altre categorie di debitori. Tale situazione era inoltre, rafforzata da profondo e completo affidamento del creditore che non era in possesso delle medesime conoscenze tecniche del debitore. Ma tale evidente favor, veniva in parte giustificato dalla necessità di evitare di stigmatizzare ed irrigidire l'attività del professionista fino al punto da indurlo ad un *non facere*, in presenza di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Ruolo cruciale era assolto dal disposto di cui all'art.2236 c.c.

La norma infatti, prevede che *“Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave”*. Suddetta disposizione ha, per lungo tempo, caratterizzato la valutazione *ope iudicis* della responsabilità civile del medico. Dunque, questa ha rappresentato il cardine della questione relativa alla responsabilità civile del medico in un preciso momento storico in cui il rapporto medico-paziente era orientato al “paternalismo”.

Determinate, la relazione al codice civile in cui è denunciata *l'intentio legis* soggettiva; attraverso suddetta disposizione, infatti, il legislatore intendeva, perseguire due obiettivi: da un lato, non

mortificare l'attività del professionista intellettuale, trattandosi, come ancor più evidente nella professione medica, di una vera e propria *ars* dai caratteri incerti ed aleatori, dall'altro però si intendeva non essere indulgenti verso decisioni non ponderate con una adeguata valutazione tecnico-professionale, né tantomeno indulgere verso riprovevoli inerzie del professionista soprattutto se medico, considerando che la salute è bene fondamentale.

Dunque, attraverso tale disposizione, si intendeva perimetrare la responsabilità del professionista. Questi, infatti, avrebbe risposto nei casi di particolare difficoltà, solo per dolo e colpa grave mentre, solo nelle ipotesi di interventi semplici e routinari, anche per colpa lieve.

Attraverso il 2236 c.c. quindi, si intende escludere una responsabilità civile per colpa lieve del professionista, nei casi particolarmente complessi. In suddette ipotesi, quindi il legislatore sembra indulgere verso il professionista operando un bilanciamento di interessi contrapposti. Dunque, per evitare il rischio di una assoluta inerzia del sanitario, in caso di attività particolarmente complessa, applicando il dettato dell'art.2226 c.c. si escludeva la responsabilità civile dello stesso, limitatamente ai casi di colpa lieve.

Tale approccio, a ben vedere, è stato da sempre fortemente criticato dalla dottrina<sup>157</sup>. Secondo alcuni, infatti, tale limitazione della responsabilità non sarebbe in alcun modo giustificata, in specie laddove vi sia un professionista. A quest'ultimo, infatti, è richiesto di operare con maggiore diligenza e perizia e tale limitazione di responsabilità denuncia un dichiarato *favor* per tali categorie di soggetti. Infatti solo nei casi invece routinari, non complessi, riemergerà anche la responsabilità per colpa lieve. Quindi, una prima ricostruzione della responsabilità civile del medico,

---

157 F.GAZZONI, op cit.

prevedeva l'applicazione supina dell'art.2236 c.c. con l'effetto di garantire un evidente favor per l'operatore sanitario. Questi, infatti, in caso di intervento particolarmente complesso, con l'applicazione della norma rispondeva solo in caso di dolo e colpa grave e non anche per colpa lieve. Diversamente laddove si trattasse di un intervento semplice, di routine, riemergeva il rilievo della colpa anche lieve, considerando che il diritto alla salute è diritto fondamentale.

Tale evidente tutela apprestata al medico, fu fortemente criticata da una certa parte della dottrina, al punto tale che se ne postulò persino il contrasto con la Carta Costituzionale per violazione del principio di uguaglianza.

La Consulta, però con sentenza n.166 del 1973<sup>158</sup>, confermò la legittimità costituzionale di suddetta disposizione evidenziando che il differente trattamento giuridico riservato al professionista, la cui prestazione d'opera implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e ad ogni altro agente che non si trovi nella stessa situazione, non può dirsi collegato puramente e semplicemente a condizioni personali o sociali (del soggetto). La deroga alla regola generale della responsabilità per colpa- secondo la Corte Costituzionale- era assolutamente giustificata ed assolutamente ben contenuta, in quanto operante, in modo restrittivo limitatamente alle ipotesi di imperizia e per i casi particolarmente complessi, che peraltro, con la moderna tecnologia, si riducono sensibilmente. Dunque, per le circostanze "ordinarie" riemerge il disposto di cui al 1176 c.c. anche per il professionista<sup>159</sup>.

Va evidenziato che al medico, in quanto operatore professionale di settore, è comunque sempre richiesto un intervento diligente,

---

<sup>158</sup> Corte Costituzionale, Repertorio, sent.166/1973, Pres. Bonifacio.

<sup>159</sup> F.CARINGELLA, *op.cit.*

ossequioso di standard professionali in virtù del generale principio di buona fede e diligenza professionale.

La questione sulla tipologia di intervento come strumento per differenziare la responsabilità dell'operatore sanitario, si è nuovamente posta in relazione agli interventi di chirurgia estetica; in questo caso, infatti, il medico non è tenuto alla cura della malattia, quanto piuttosto al raggiungimento di uno specifico risultato estetico ovvero al miglioramento dell'aspetto fisico del paziente.

Pertanto, in questi casi, se l'aspetto del paziente è rimasto inalterato o è addirittura peggiorato, sarebbe prospettabile una responsabilità per mancato raggiungimento del risultato. I termini concreti della questione sono illustrati da diversi casi attenzionati dalla giurisprudenza, tra i tanti, paradigmatico il caso affrontato dalla Suprema Corte avente ad oggetto una mastoplastica additiva per una paziente che svolgeva la professione di spogliarellista<sup>160</sup>. Nel caso concreto, il chirurgo si era limitato ad esibire alcune immagini di precedenti interventi da lui eseguiti senza però adeguatamente informare la paziente delle possibili conseguenze iatrogene e, nello specifico, la paziente non era stata messa a conoscenza della possibilità che residuassero delle cicatrici. Dunque, la stessa, adoperando il suo corpo per la propria professione, era stata gravemente danneggiata dalla mancanza di una completa informazione, anche relativamente alle possibili conseguenze negative dell'intervento di natura esclusivamente estetica. La pronuncia in questione, pur mantenendo ferma la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, evidenzia che suddetta bipartizione non può essere considerata come uno schermo per mascherare la negligenza del professionista. Il risultato, infatti, costituisce il "sostrato imprescindibile" dell'obbligazione del

---

<sup>160</sup> Cass. 8 agosto 1986 n.4394 in *Giur.it*, 1987, I,1,p.1137 con nota di M.ROMANO richiamata da G.ALPA *Dal medico alla équipe, alla struttura, al sistema*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.19.



professionista, che altro non è se non una prestazione professionale diligente nella quale rientra anche il dovere di adeguata informazione del paziente, circa le conseguenze iatrogene dell'intervento.

Dunque, il tradizionale inquadramento della responsabilità della prestazione medica tra le obbligazioni di mezzi, sembra, invero, incidere sempre meno sulla determinazione dei criteri concreti di valutazione della responsabilità in materia. Il modello tenuto in considerazione dalla giurisprudenza è quello del "professionista esercente la sua attività con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione".<sup>161</sup> Tale modello tende, in funzione dei progressi della scienza, a collocarsi ad un livello sempre più elevato. Prospettiva corroborata, del resto, anche da chiare indicazioni normative interne<sup>162</sup> e comunitarie che auspicano una formazione continua del professionista nel settore sanitario. Determinante, in tal senso, l'art.16 del Codice di Deontologia che evidenzia il dovere del medico di aggiornarsi continuamente.<sup>163</sup>

<sup>161</sup> Cass. 15 dicembre 1972 n.3816; Cassazione 12 Agosto 1998 n.8845; Cassazione 21 Marzo 2011 n.7097 in Massimario Corte di Cassazione.

<sup>162</sup> Decreto Legislativo 229/99, art. 16 bis formazione continua: 1. Ai sensi del presente decreto, la formazione continua comprende l'aggiornamento professionale e la formazione permanente. L'aggiornamento professionale è l'attività successiva al corso di diploma, laurea, specializzazione, formazione complementare, formazione specifica in medicina generale, diretta ad adeguare per tutto l'arco della vita professionale le conoscenze professionali. La formazione permanente comprende le attività finalizzate a migliorare le competenze e le abilità cliniche, tecniche e manageriali e i comportamenti degli operatori sanitari al progresso scientifico e tecnologico con l'obiettivo di garantire efficacia, appropriatezza, sicurezza ed efficienza alla assistenza prestata dal Servizio sanitario nazionale. 2. La formazione continua consiste in attività di qualificazione specifica per i diversi profili professionali, attraverso la partecipazione a corsi, convegni, seminari, organizzati da istituzioni pubbliche o private accreditate ai sensi del presente decreto, nonché soggiorni di studio e la partecipazione a studi clinici controllati e ad attività di ricerca, di sperimentazione e di sviluppo. La formazione continua di cui al comma 1 è sviluppata sia secondo percorsi formativi autogestiti sia, in misura prevalente, in programmi finalizzati agli obiettivi prioritari del Piano sanitario nazionale e del Piano sanitario regionale nelle forme e secondo le modalità indicate dalla Commissione di cui all'art. 16-ter.

<sup>163</sup> Art.16 " Il medico ha l'obbligo dell'aggiornamento e della formazione professionale permanente, onde garantire il continuo adeguamento delle sue conoscenze e competenze al progresso clinico scientifico"; con questo articolo l'Ordine professionale rivendica con piena coscienza il proprio compito di garante insostituibile dell'aggiornamento e della formazione professionale permanente del medico e dell'odontoiatra.

E' giusto, peraltro, osservare che il progresso continuo ed estremamente veloce della scienza medica, il diversificarsi sempre più delle varie branche di specializzazione non possono permettere al singolo medico, benchè diligente e coscienzioso, di essere al corrente di tutte le acquisizioni scientifiche. Si deve rilevare, però, che l'obbligo di aggiornamento si sostanzia più che altro in una "tensione morale" che deve spingere il medico a migliorare le proprie conoscenze per offrire ai pazienti prestazioni professionali il più possibile adeguate alle loro necessità. L'obbligo dell'aggiornamento professionale ha rilevanza anche deontologica: si ritiene che alcune mancanze professionali causate dalla scarsa preparazione culturale, provocata dal trascurato

Quindi, anche la carica di privilegio a favore del professionista, che contraddistinse l'art.2226 c.c., si è venuta progressivamente comprimendo al punto tale che, una certa parte della dottrina, evoca suddetta disposizione, come uno dei “rami secchi dell'ordinamento”<sup>164</sup> in quanto norma di portata ormai assai ristretta.

L'art.2226 c.c. infatti, troverebbe riscontro solo nei casi “straordinari ed eccezionali” di risoluzione di problemi tecnici complessi e quasi “ignoti” alla scienza medica, ovvero, stante ormai lo sviluppo scientifico, pari a pochissime ed eccezionali ipotesi<sup>165</sup>. È l'utilità stessa della dicotomia obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato ad essere meno rigida e, secondo una certa parte della dottrina, ormai superata.

È stato sottolineato, infatti, che il risultato che si vorrebbe espungere dal paradigma delle norme in tema di responsabilità professionale, in realtà, ne costituisce il sostrato, la prestazione del professionista, deve essere comunque sempre tesa a realizzare un miglioramento della salute, un risultato utile per il paziente<sup>166</sup>. Si è evidenziato, quindi, che la crisi della dicotomia obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato, in campo medico, è in realtà anche ricollegata alla ineludibile ascesa del diritto all'informazione e del consenso informato, istituito solo di recente finalmente disciplinato. Infatti, l'obbligo informativo impone al medico di prospettare al paziente le reali possibilità dell'intervento terapeutico e del risultato concretamente perseguibile; pertanto, alla luce di quanto finora

---

aggiornamento, possano costituire oggetto di procedimento disciplinare a carico del medico che se ne renda colpevole. Inoltre il medico che non si preoccupi di mantenersi aggiornato può procurare discredito all'intera categoria concedendo all'Ordine la facoltà di intervenire disciplinarmente. Dopo aver sottolineato che, comunque, è la coscienza professionale del medico che deve costituire il primo fondamentale stimolo per soddisfare l'esigenza di aggiornamento e di formazione permanente, è opportuno rilevare che quest'obbligo ha rilevanza anche giuridica e che la sua violazione può essere considerata anche come colpa professionale in senso tecnico. L'art. 2 della legge 23 dicembre 1978 n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, prevede esplicitamente, tra gli obiettivi da perseguire, la formazione professionale permanente nonché l'aggiornamento scientifico culturale del personale del S.S.N.

164 F.GAZZONI,*op.cit.*

165 E.QUADRI,*Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia:esperienze recenti e prospettive*, in *Resp.Civile e Previdenza*,p. 326 ss.,II, 2004.

166 Cass. 8 Agosto 1998 n1286 in Massimario Corte di Cassazione.

esposto, emerge chiaramente che la qualificazione della obbligazione professionale come di mezzi, non può più dissimulare che il risultato sperato entri, in realtà, a far parte del contenuto della prestazione promessa<sup>167</sup>.

---

167 E.QUADRI,*op.cit.*

### **III. La natura della responsabilità civile del medico.**

La natura della responsabilità civile del medico è, senza dubbio, da sempre, al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale in questo particolare settore dove ogni asserzione appare incerta e scivolosa, non a caso, in merito alla ricostruzione della stessa si sono avvicendati diversi orientamenti, tra loro inconciliabili, che con alterne vicende hanno trovato anche riscontro nelle aule giudiziarie.

In primo luogo è assolutamente necessario principiare da una fondamentale premessa. Al fine di ricostruire la responsabilità civile del medico, è necessario evidenziare che la stessa è configurabile in due ipotesi specifiche, la prima è quella ravvisabile in caso di *malpractice*, ovvero laddove il medico commetta un errore nella prestazione sanitaria dovuto ad imperizia professionale, la seconda ipotesi, già oggetto d'indagine, è quella in cui il medico, pur eseguendo l'intervento a regola d'arte, violi il principio del consenso informato<sup>168</sup>.

In entrambe le ipotesi il sanitario sarà responsabile del danno cagionato, nella prima, alla salute del paziente, nella seconda alla sua libertà di autodeterminarsi.

Naturalmente una prima differenziazione concerne il tipo di operatore sanitario che cagiona il danno, ovvero è necessario indagare se si tratta di un medico che opera in una struttura statale, privatamente o intramoenia.

L'obbligazione del medico può derivare infatti, da un contratto d'opera intellettuale, da un contratto di lavoro subordinato, oppure, può avere origine non contrattuale.

Innanzitutto, quindi, si deve necessariamente identificare la natura del rapporto che si instaura tra la struttura, il medico, il paziente.

---

168 F. CARINGELLA, *op.cit.*

La prestazione medica, infatti, genera tra i vari soggetti interessati, diversi rapporti che possono essere così individuati: rapporto medico non dipendente dalla struttura e paziente; rapporto medico dipendente ospedaliero e pazienti; rapporto medico dipendente di struttura privata e paziente; rapporto struttura ospedaliera e paziente; rapporto struttura privata/case di cura e paziente; rapporto medico e struttura ospedaliera; rapporto medico e struttura privata.

Dunque, è evidente che sussista una sostanziale difformità tra i vari rapporti che scaturiscono dalla richiesta di prestazioni medico-sanitarie che andranno puntualmente indagati. La prima ipotesi prospettabile è quella del paziente che si rivolga direttamente al professionista, senza ricorrere alla struttura sanitaria pubblica-privata, al fine di ottenere un preciso intervento medico.

È evidente che in questo caso, tra le due parti esista un vero e proprio rapporto di natura contrattuale. Il medico libero professionista, infatti, presta la sua attività al di fuori di strutture sanitarie pubbliche o private organizzate. Variegati i casi che rientrano in questo schema, si pensi a tutti quei medici che offrono i loro servizi nel loro studio privato (oculisti, dentisti, ginecologi, ecc.). Il rapporto che si instaura in questo caso è, dunque, indubbiamente, di natura contrattuale, vi è un rapporto diretto, bilaterale, negoziale<sup>169</sup>.

Pertanto, in queste ipotesi sorge il dovere giuridico del sanitario di prestare l'opera con la maggiore diligenza possibile, dall'altra il dovere giuridico del paziente di pagare un compenso per le

---

169 In tal senso vi è perfetta concordia tra la dottrina e la giurisprudenza: A.Guerinoni, 2001, 598 e segg.; De Matteis, 1995, 2; Paradiso, 2001, fasc. 3, parte 1, 334; Cass. civ. 1.3.1998, sez. III, n. 2144, *Foro Italiano*, 1988, I, 2296; Cass. civ. 13.3.1988, sez. III, n. 2750, *Giur.It.*, 1999, 2279; Cass. civ. 18.10.1994, sez. III, 8470; Cass. civ. 18.6.1975, sez. III n. 2439, *Foro It.*, 1976, I, 745; App. Bologna 21.11.1996, App. Firenze 20.09.1966, *Giurisprudenza di Merito*, 1980, I, 326; App. Firenze 20.9.1966, *Giurisprudenza Toscana*, 1967, 435; Trib. Forlì 14.3.1996, *Riv. It.Med. Legale*, 1996, 1232;

prestazioni professionali<sup>170</sup>. Dunque, il rapporto tra medico e paziente è tradizionalmente costituito come rapporto contrattuale di diritto privato, in cui la regola dell'adempimento risiede nell'usare la diligenza professionale ex art. 1176 c.c.

Talvolta però i medici liberi professionisti prestano la loro attività professionale, sia pur discontinuamente, presso strutture sanitarie pubbliche o private, pur senza essere dipendenti di queste. In tali casi la Suprema Corte ha precisato che sussiste una responsabilità contrattuale dell'operatore sanitario al quale si è direttamente rivolto ed affidato il paziente ed una responsabilità della struttura sanitaria in solido se il danno dipenda dalle attrezzature e dei servizi erogati per l'intervento chirurgico<sup>171</sup>. Quindi, in buona sostanza, si finisce con il far carico al professionista anche del controllo dell'idoneità strutturale dell'ospedale o della casa di cura in cui intende eseguire la prestazione sanitaria<sup>172</sup>.

Differente il caso in cui l'intervento chirurgico venga eseguito presso un ente ospedaliero pubblico da un medico dipendente. Suddetta ipotesi è, infatti, la più controversa ed è stata all'origine di diverse ricostruzioni teoriche sulla natura della responsabilità civile del medico.

---

170 E, sempre nello stesso senso la giurisprudenza di merito ribadisce che: *"l'incarico affidato a un medico chirurgo avente per oggetto il compimento di un intervento chirurgico (nella specie: operazione ernia inguino-scrotale) costituisce un contratto di locazione d'opera intellettuale (ex art. 2230 c.c.), il cui contenuto è da ravvisarsi nello scambio tra l'onorario dovuto dal paziente e la prestazione professionale, da parte del medico-chirurgo medesimo, finalisticamente qualificata dalla cura chirurgica"*. Cort. App. Firenze 20.9.1966, *Giurisprudenza Toscana*, 1967, p.435.

Da ultimo il principio è stato ribadito anche più volte dalla Cassazione *"quanto alla natura della responsabilità professionale del medico, osserva questa Corte che, contrariamente a quanto avviene negli ordinamenti dell'area di Common law, ove persiste la tendenza a radicare la detta responsabilità nell'ambito della responsabilità aquiliana (torts), nei paesi dell'area romanistica, come nel nostro ordinamento, si inquadra detta responsabilità nell'ambito contrattuale"* per tutte Cass. civ. 22.1.1999, sez. III, n. 589, *Danno e Responsabilità*, 1999, n. 3, 294 e ss.

171 Cass. Civ., 14.6.2007, n. 13953 in Massimario Corte di Cassazione.

172 E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relative assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.51.

Vi sono, sul punto, posizioni apertamente contrastanti che riconoscono a tale rapporto natura ora contrattuale, ora extracontrattuale o addirittura ne fanno una sorta di rapporto nel quale concorrono entrambe le anime.

La questione orbita intorno al fatto che il paziente, ricoverato presso la struttura sanitaria, sottoscrive con la stessa un contratto “di ospedalità”<sup>173</sup> mentre non ha alcun rapporto, di tipo negoziale, con il medico che esegue l’intervento. Quest’ultimo, è invece legato alla struttura da un rapporto di lavoro subordinato ed in virtù di questo contratto, esegue l’intervento sanitario sul paziente.

Una prima tesi, ricostruisce pertanto, la responsabilità civile del medico, in queste ipotesi, come aquiliana nel senso della sola applicazione dell’art. 2043 c.c., perché il rapporto contrattuale si instaura sempre direttamente fra l’ente (ospedali e case di cura) ed il paziente, ma non anche fra il medico e suo “cliente”.

È l’ospedale che assume verso il malato l’obbligazione di svolgere attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica, in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura<sup>174</sup>, a tale rapporto non partecipa il medico dipendente che, pur prestando materialmente le cure, non stipula alcun contratto con il paziente-debitore. L’errore nell’esecuzione dell’intervento sanitario, in mancanza di un preesistente rapporto fra il medico ed il paziente, rileva quale atto illecito causativo del danno ingiusto ai sensi dell’art.2043 c.c.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> Il contratto di ospedalità è definito ormai unanimemente come contratto atipico avente ad oggetto non solo la prestazione sanitaria(intervento, terapia e fase post operatoria), ma anche la somministrazione di pasti e la disponibilità di un alloggio per il periodo di durata della cura. Tale contratto è stipulato al momento della accettazione del paziente presso la struttura sanitaria. Tra tutti F.GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p.722 ss.

<sup>174</sup> Cass. civ. 24.3.1979, sez. III, n. 1716, *Foro Italiano*, 1980, I, p.1115 ss.

<sup>175</sup> Cass. civ. 24.3.1979, sez. III, n. 1716, *Foro Italiano*, 1980, I, 11162; nello stesso senso Cass. civ. 26.3.1990, sez. III, n. 2428, *Giur.Italiana*, 1991, I, 1, 600; App. Venezia 11.2.1993, *Giur. Merito*, 1994, 37; Trib. Verona 4.3.1991, *Giur. Merito*, 1992, 823; Trib. Trieste 14.4.1994, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1994, 768 nonché Cass. civ. 13.3.1998, sez. III, n. 2750, *Danno e Responsabilità*, 1998, 820; nello stesso senso Cass. civ. 20.11.1998, sez. III, n. 11743, *Repertorio del Foro Italiano*, voce Professioni intellettuali, n. 165.

Manca infatti, il contratto tra il medico ed il paziente, ma non è solo questa la ragione. Il paziente ha rapporti negoziali solo con la struttura sanitaria, non retribuisce il medico, non sceglie l'operatore professionale che dovrà eseguire l'intervento; il medico, di contro, opererà esclusivamente in virtù del rapporto di lavoro subordinato essendo l'attività terapeutica alla base del proprio contratto di lavoro. Tale orientamento, a bene vedere, intende preservare l'attività dell'operatore sanitario configurando una responsabilità di natura contrattuale esclusivamente in capo alla struttura.

Pertanto, alla luce di tali considerazioni, si è fatta strada presso la dottrina tradizionale la "teoria del cumulo". Secondo questo orientamento, infatti, da un medesimo fatto derivano sia un inadempimento contrattuale, sia un danno ingiusto. Ovvero, l'intervento medico, eseguito in maniera scorretta, genera sia un inadempimento della struttura ospedaliera, sia un obbligo risarcitorio del medico in virtù del generale principio del *nemeniem ledere*. La principale conseguenza è la possibilità di esercitare tanto in via elettiva, quanto cumulativa, sia l'azione contrattuale che quella extracontrattuale.

Può quindi accadere che dalla non esecuzione o da un adempimento incompleto e/o difforme da quanto pattuito, scaturiscano conseguenze che travalicano i confini del rapporto giuridico esistente tra le parti e che incidono su situazioni soggettive che non possono non essere ristorate, in virtù del generale principio del *neminem laedere*.

In tal caso si verifica un cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. L'ammissibilità della teoria cumulo è stata riconosciuta espressamente dal Supremo Collegio a partire dal



1949<sup>176</sup>. La dottrina, inoltre, ha analizzato a più riprese il fenomeno, qualificando la fattispecie come concorso di norme in materia civile o talvolta discorrendo di concorso di azioni, in quanto compete all'attore proporre l'una o l'altra azione o entrambe alternativamente<sup>177</sup>; tale impostazione può essere condivisa solo in parte.

Infatti, il concetto di cumulo di responsabilità è ben più ampio di quello di concorso di azioni, ricomprendendo, il primo, ipotesi nelle quali ad una responsabilità di natura contrattuale si aggiunge una responsabilità extracontrattuale derivante dal medesimo episodio storico, il secondo, ipotesi nelle quali è possibile fondare alternativamente la propria pretesa processuale su un titolo contrattuale o extracontrattuale.

Va però sottolineato che la possibilità di prospettare un cumulo trova giustificazione anche nella diversa natura e funzione della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale; nel primo caso, il legislatore ha inteso predisporre rimedi diretti a realizzare in via sostitutiva, quanto meno mediante una riparazione per equivalente, quel determinato assetto di interessi che le parti avevano voluto porre in essere mediante la conclusione di uno specifico negozio giuridico; nel secondo caso il legislatore ha predisposto strumenti di reazione nei confronti di ingerenze dolose o colpose nell'altrui sfera giuridica, dalle quali sia derivato un danno ingiusto. Infatti, la sostituzione dell'idea di riparazione con quella di responsabilità ci consente di comprendere che l'obiettivo della responsabilità civile è quello di "riparare" ovvero di ovviare ad una lesione di diritti-

---

<sup>176</sup> Cass. n.2630 del 31 dicembre 1949; del 17 marzo 1950 n.740, in Riv. Circolaz., 1951, p.17 con nota di F.Rosso e in Resp. Civ. e Prev., 1950, p.313, con nota di G.Gentile; ma anche Cass.n.302 dell'8 febbraio 1951; Cass.n.719 del 30 marzo 1951; Cass. n.861 dell'11 aprile 1951; Cass. n.933 del 16 aprile 1951, tutte in Foro It., 1951, I,p.1190 ss., con nota di Russo; Cass. Civ., 1951, in Giur. Compl.,II,p.69, con nota di L.Brasiello e in Riv. Dir. Comm., 1952, II,p.1; Cass.n.1574 del 16 giugno 1951, in Resp. Civ. e Prev., 1951, p.509 e ss.

<sup>177</sup> R.SCOGNAMIGLIO, in *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Noviss. Dig. It., XV, 1968,p.679 e ss.

soprattutto di quelli fondamentali- al fine di ripristinare la situazione antecedente<sup>178</sup>.

Non appare quindi possibile negare che, qualora da un determinato inadempimento contrattuale o da un adempimento parziale o non conforme ai patti, discendano, per taluno dei contraenti, conseguenze patrimoniali negative che trascendono gli stessi interessi regolamentati dalla fonte delle obbligazioni, si ricada -quanto meno per il danno ulteriore- nel dominio della responsabilità aquiliana, essendosi prodotto quel danno ingiusto che, ai sensi dell'articolo 2043 c.c., legittima le pretese risarcitorie della parte lesa.

È oramai acquisito che da un contratto discendano obblighi di protezione ulteriori rispetto a quello inerente l'adempimento dell'oggetto principale dell'obbligazione e, pertanto, la violazione di suddetti obblighi può radicare una responsabilità di tipo aquiliano anche laddove vi sia un contratto.

Dunque, come evidenziato dalla Suprema Corte, sarebbe ammissibile il cumulo quando un medesimo fatto violi diritti indipendenti dal contratto e da un preesistente rapporto giuridico e, contemporaneamente, diritti derivanti da un contratto o comunque da un *vinculum iuris* già esistente<sup>179</sup>.

Ma la teoria del cumulo è stata ben presto messa da parte da diverse tesi dottrinarie, che hanno tentato di ricondurre la responsabilità civile del medico della struttura sanitaria alla fattispecie contrattuale, pur con ricostruzioni opinabili ed in parte forzate.

---

<sup>178</sup> E.QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relative assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.51.

<sup>179</sup> Cass. sentenza n.5638 del 1983, in RFI, , voce Resp. Civ, 1983, n.56, p.476ss.

Un primo orientamento dottrinale, avallato peraltro anche da autorevole giurisprudenza<sup>180</sup>, ha ricostruito la responsabilità civile del medico della struttura sanitaria pubblica e/o privata come una responsabilità contrattuale, ricorrendo alla teoria della immedesimazione organica tra l'ente ospedaliero ed i suoi dipendenti.

La teoria della immedesimazione organica, è una teoria di origine antichissima, che intendeva spiegare la modalità attraverso cui la persona giuridica elabora la propria volontà e si esprime all'esterno. È infatti noto che la persona giuridica<sup>181</sup> trova una sua

---

**180** Cass. civ. 1.3.1988, sez. III, n. 2144, Giurisprudenza Italiana, 1989, I, 1, 300 ed anche Foro Italiano, 1988, I, 2296; Cass. civ. 2.12.1998, sez. III, n. 12233, Repertorio del Foro Italiano, 1998, voce Professioni intellettuali, 166 e Danno e Responsabilità, 1999, 777; nello stesso senso si vedano pure Cass. civ. 1.2.1991, sez. III, n. 977, Giurisprudenza Italiana, 1991, I, 1, 1379; Cass. civ. 27.5.1993, sez. III, n. 5939, Repertorio del Foro Italiano, 1993, voce Professioni intellettuali, 114; Cass. civ. 11.4.1995, sez. III, n. 4152, Enti Pubblici, 1996, 908; Cass. civ. 7.10.1998, sez. III, n. 9911, Foro Italiano, 1998, I, 3520; Cass. civ. 1.12.1998, sez. III, n. 12195, Giustizia Civile, 1999, I, 672; nella giurisprudenza di merito Trib. Genova 3.1.1996, Danno e Responsabilità, 1997, 94; Trib. Milano 9.1.1997, Responsabilità Civile e Previdenza, 1997, 1220; App. Torino 20.6.1997, Foro Italiano, 1998, I, 586. In tal senso anche G. ALPA, *Dal medico alla équipe, alla struttura, al sistema*, in Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.36.

**181** La storia insegna come l'istituto giuridico della personalità giuridica di origine romanistica (si pensi alle *piae causae* e alle *municipia* e *coloniae* per approfondimenti A. GUARINO, *Istituzioni di Diritto Romano*, Editore Jovane Napoli, p.403 ss.) abbia conosciuto solo nel Seicento e nel Settecento la sua stagione finzionistica (che lo attenderà nuovamente nell'Ottocento con la Scuola delle Pandette di Savigny), la quale nel XVII secolo con la scuola di diritto naturale gli riservò un posto tra i soggetti del diritto mediante l'utilizzo di una figura retorica, la metafora. Fu così che Grozio affiancò alla *persona naturalis* la *persona moralis*, creata, come preciserà Savigny nell'Ottocento, dal legislatore per avere un patrimonio. Non è un caso che il finzionismo sia riemerso nel XIX secolo, poiché esso venne usato per fini politici, che permisero una sua trasposizione in chiave pubblicistica, segnatamente una sua applicazione al concetto di Stato, vera e propria persona giuridica di diritto pubblico.

Ulteriore fattore, di marca prettamente culturale, deve ravvisarsi: da un lato, nel fatto che in quel periodo era forte l'influenza del filosofo tedesco Christian Wolff, il quale mostrava di attribuire grande importanza alla volontà del soggetto per annoverarla tra le fonti del diritto, facendo in tal modo coincidere l'atto o negozio giuridico con l'autonomia privata; dall'altro, nella tendenza, propria degli epigoni di Wolff, alla generalizzazione e alla razionalizzazione dell'ordinamento.

Nemmeno si deve pensare che la fortuna di una simile concezione sia tramontata con il principiare del secolo XX: la dottrina pandettistica di Savigny è stata espressamente recepita ad esempio dall'art. 545 del codice civile cileno, che espressamente recita: "[s]e llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter".

La scienza giuridica giunge in tal modo a visioni sempre più astratte che danno vita a concezioni antropomorfe della persona giuridica e portano a ritenere iniquo che i soci rispondano dei debiti sociali, in quanto ciò equivarrebbe a *pro alterius debito alium vexari*, come si ebbe modo di pensare.

La nostra legislazione è passata successivamente a un utilizzo della parola maggiormente realistico, che permetteva di ragionare all'art. 2 del codice civile italiano postunitario in termini di similitudine, per poi tornare a una dizione, quale quella oggi vigente, nella quale non è dato rinvenire che un uso metaforico del termine. La norma dell'art. 2 c.c. abrogato non voleva disegnare un genere al quale far corrispondere, quale sue specie, i concetti di persona fisica e di persona giuridica; più semplicemente, partiva dall'implicito presupposto a tenore del quale solo agli essere umani conviene la qualificazione di "persone".

Va detto però che la scienza giuridica, come nella teoria dei ricorsi storici di Vico, non ha mancato di procedere all'operazione contraria, consistente nella traduzione del concreto in astratto. Per questa ragione, anche il diritto, come la pittura, ha conosciuto la sua stagione astrattista e ha depurato il

ragion d'essere esclusivamente in relazione all'ordinamento giuridico in quanto autonomo soggetto di diritto e, per svolgere la propria attività, deve necessariamente ricorrere ad appositi organi, parte dell'ente, preposti alla formazione della sua volontà, nonché allo svolgimento materiale di specifiche attività proprie della persona giuridica. Proprio in relazione a tale dicotomia, persona fisica/persona giuridica, sorge la teoria della immedesimazione organica che, tanta fortuna ha, tuttora, nel sistema amministrativo in relazione alla responsabilità dei dipendenti della P.A.<sup>182</sup>.

---

concetto di persona da qualsiasi riferimento all'uomo in carne ed ossa, creando, attraverso successivi gradi di astrazione, un super concetto di persona, che ricomprende, quale sue *species*, tanto le persone fisiche quanto quelle giuridiche. Conformemente ad una simile impostazione di pensiero, il diritto trasfonde le umane esperienze in un mondo giuridico che il legislatore crea a proprio piacimento, depurato da tutti i riferimenti tanto agli uomini come alle cose che arredano il mondo. Il presente modo di pensare è scolpito nella seguente affermazione di un autorevole giurista in uno scritto del primo Novecento: "non della natura, ma per via del diritto l'uomo è persona" (Galgano, *Il diritto e le altre arti*, cit., 66, ove si riportano le parole di Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, Utet. 1915, 356).

Il Novecento porta con sé una revisione di questo complesso strumentario concettuale, bollato come obsoleto e non corrispondente alla realtà, in quanto mistificatore della semplice verità per cui la persona giuridica altro non è se non un espediente linguistico, un'espressione brachilogica per designare umane vicende, un modo di parlare figurato del legislatore, che può predicare l'attribuzione di diritti e di doveri soltanto in capo a persone fisiche. Si è così avuto modo di scrivere che la espressione "persona giuridica" indica soltanto una serie di norme che non si riferisce a un soggetto di diritto altro dall'essere umano, il quale resta pur sempre il destinatario di tutte le prescrizioni giuridiche. Il sintagma in esame non fa altro che riassumere in modo icastico una disciplina normativa, che andrebbe espressa con molteplici e complicate proposizioni qualora si decidesse di espungere dal linguaggio tecnico detta locuzione (Ascarelli, *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, 1955, 129 ss.).

Il problema della persona giuridica, secondo questa sua concezione attenta all'analisi linguistica, attiene alle regole del linguaggio usato, poiché il significato, inteso come valore di verità, delle proposizioni contenenti vocaboli che alludono a entità collettive, come la società, rimanda sempre al valore convenzionale che a queste parole viene attribuito dal linguaggio; per questo motivo, la soluzione deve essere cercata entro le regole del linguaggio medesimo. Nel fare ciò, emerge la ricerca di un soggetto cui imputare i rapporti giuridici, come il diritto dominicale: tale attività è suggerita dal senso comune, che spinge a pensare che per ogni diritto esista un soggetto cui ricondurre la posizione soggettiva. Essa porta però a incappare in quei giochi di parole, già segnalati da Wittgenstein (*Sprachspiel*), dai quali occorre guardarsi per non incorrere in errori, poiché essi non rivelano il contenuto delle proposizioni in cui sono incastonati. Si tratta infatti di speciali espressioni, differenti da quella adoperate nel linguaggio quotidiano, che mediante l'utilizzo dell'etichetta (*Kennzeichnung*) persona giuridica evitano di dover formulare difficoltà e lunghe proposizioni giuridiche riferite esclusivamente a persone fisiche.

Il collegamento tra la società dotata di personalità giuridica e i soci della medesima fa emergere il nocciolo del problema, da ravvisarsi nell'attribuzione del beneficio della responsabilità limitata quale privilegio concesso dall'ordinamento, nonché nei possibili abusi che mediante detto beneficio possono essere perpetrati a danno dei terzi e di coloro che, in generale, entrano in contatto con la società nello svolgersi del traffico giuridico (li si denomina, con espressione anglosassone: *stakeholders*), laddove venga sfruttata dagli *shareholders* (ossia: i soci) l'alterità soggettiva intercorrente tra costoro e la società, dotata di autonomia patrimoniale perfetta, alla quale partecipano.

**182** Il pubblico dipendente nell'esercizio delle proprie funzioni, può astrattamente incorrere in cinque fondamentali responsabilità: quella civile (se arreca danni a terzi, intranei o estranei all'amministrazione, o alla stessa p.a.), penale (se delinque commettendo fattispecie criminose previste dal codice penale), amministrativo-contabile (se arreca un danno erariale alla p.a.), disciplinare (se viola obblighi previsti dal c.c.n.l., da legge o dal codice di comportamento novellato dalla l. n.190 del 2012) e dirigenziale (per il solo personale dirigenziale che non raggiunga i risultati posti dal vertice politico o si discosti dalle direttive dell'organo politico). La privatizzazione del rapporto di pubblico impiego ha, ex novo, regolamentato sia la responsabilità disciplinare (art.55, co.3 seg., d.lgs.30 marzo 2001 n.165), devolvendo alla contrattazione collettiva la materia, sia la responsabilità dirigenziale (art.21, d.lgs. n.165 cit.), mentre non ha innovato la previgente disciplina sulle tre restanti responsabilità, ovvero quella civile, penale ed amministrativo-contabile, per le quali viene testualmente richiamata la relativa disciplina legislativa di settore ad opera dell'art.55, co.1, d.lgs. n.1652. Sul tema v. TENORE, PALAMARA, MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*,

Di regola quindi, è per mezzo degli organi<sup>183</sup> che l'ente opera ed esplica la propria attività. La figura dell'organo, quindi, si palesa quale elemento coessenziale alla partecipazione del soggetto collettivo alla dinamica giuridica. Pertanto, in materia sanitaria, l'ente ospedaliero pubblico o privato opererebbe necessariamente per mezzo dei propri organi ovvero i medici dipendenti.

Effettivamente la rappresentanza organica è, per un verso "necessaria"<sup>184</sup>, nel senso che le organizzazioni non potrebbero agire senza l'ausilio delle persone fisiche ma, allo stesso tempo, va evidenziato che è l'ente e non già il medico dipendente ad intrecciare un rapporto negoziale con il paziente. I sostenitori della teoria della immedesimazione organica invece, tendevano a sovrapporre l'ente all'organo e, per l'effetto, il contratto sottoscritto dal paziente con l'ente ospedaliero, in realtà, secondo questa ricostruzione vincola soprattutto il medico, ovvero l'organo e, di conseguenza proprio per questa ragione è ravvisabile una responsabilità di natura contrattuale in capo a quest'ultimo. In tal senso deponeva inoltre lo stesso disposto dell'art. 28 Cost, che poteva trovare attuazione quantomeno relativamente ai medici dipendenti degli ospedali pubblici.

---

Milano, 2013. Come riferimento normativo si guardi l'art. 55, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001: *"Per i dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, resta ferma la disciplina attualmente vigente in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche"*.

**183** Il concetto di organo fu originariamente partorito dalla mente di Gierke nell'ambito della sua concezione antropomorfa della persona giuridica, mentre l'elaborazione di detto concetto si rese poi indispensabile al fine di permettere agli enti collettivi di esser fonte di produzione e non solo di imputazione di fattispecie giuridiche. Così, a titolo esclusivamente esemplificativo: BIGLIAZZI GERI, *La rappresentanza*, in Trattato di diritto privato diretto da Bessone, vol. XIII, 2000, Torino, p. 11 ss. L'organo sembra infatti aver subito i travagli del dibattito dottrinale legato alla figura della persona giuridica, venendo a volte individuato come parte integrante della persona giuridica cui non sarebbe legato da alcun rapporto intersoggettivo ma da una vera e propria immedesimazione dell'uno nell'altra ed oggetto di continue elaborazioni dottrinarie, tale concetto presto sfociò a pieno diritto anche nell'ambito delle persone giuridiche di diritto privato, fino ad entrare a far parte dello stesso gergo del legislatore codicistico. Il termine "organo" risulta, infatti, frequentemente utilizzato nel codice civile al fine di indicare le persone che hanno il potere di compiere atti giuridici vincolanti per gli enti stessi, siano essi atti interni od esterni. Ne troviamo un esempio nell'art. 23 c.c. che legittima gli organi dell'ente ad impugnare le deliberazioni assembleari, nell'art. 1332 c.c. che concerne le modalità di adesione nei contratti associativi, e, nella versione anteriore alla riforma, nella Sezione VI, Capo V, Titolo V del Libro V del Codice Civile originariamente dedicata agli "Organi Sociali". P. RESCIGNO, *Capacità di agire*, in Dig. disc. Priv. sez. civ), II, Torino, 1988, p. 216.

**184** ZACCARIA, *Rappresentanza*, in Riv. dir. civ., 1995, II, p. 355

La norma costituzionale, infatti, prevede che i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, sono direttamente responsabili per gli atti compiuti in violazione di diritti e, in tali casi, la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici, di conseguenza il titolo di responsabilità dell'ente pubblico e del suo dipendente deve essere lo stesso, ovvero la responsabilità contrattuale.

Tale approccio, a ben vedere, non ha trovato consensi né riscontro unanime in dottrina e giurisprudenza.

In primo luogo, la classe medica, dipendente dall'ente pubblico o privato non è perverso, organo in senso stretto quanto piuttosto legata all'ente, da un rapporto di lavoro subordinato-dipendente.

I professionisti sanitari, infatti, non rappresentano l'ente, come solitamente accade per gli organi, né formano la volontà della persona giuridica ma eseguono una prestazione sulla base di un preciso contratto: quello di lavoro.

Pertanto, la teoria della immedesimazione organica non appare corretta per descrivere l'ipotesi suddescritta, anzi sembra piuttosto uno strumento per estendere, forzatamente e in maniera grossolana, le maglie della responsabilità contrattuale anche in assenza di un contratto.

Pertanto, tale teoria, da sempre criticata con fermezza<sup>185</sup>, fu ben presto abbandonata in quanto la immedesimazione organica- già piuttosto discussa in sede amministrativa- non era certo ravvisabile nel rapporto ente ospedaliero/medico, rapporto chiaramente ascrivibile al contratto di lavoro subordinato<sup>186</sup>.

---

185 F.GAZZONI, *op.cit.*

186 Non esiste nessuna definizione formale di lavoro dipendente nell'ordinamento italiano. L'articolo 2094 del codice civile italiano, rubricato come "Prestatore di lavoro subordinato", si limita ad enunciare la definizione di prestatore di lavoro: "È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore". La nozione giuridica di lavoro subordinato più

La necessità di avvicinare la responsabilità civile del medico al contratto si fece pertanto particolarmente forte intorno agli anni '60, in quanto finalizzata a garantire una tutela maggiore al paziente e, per l'effetto, tale approccio, indusse buona parte della dottrina a procedere anche a ricostruzioni talvolta forzate, pur di ricondurre la fattispecie al settore contrattuale<sup>187</sup>. Infatti, il consenso del paziente all'intervento terapeutico fornito al momento della accettazione nella struttura sanitaria implica necessariamente un rapporto contrattuale con questa<sup>188</sup>. Allo stesso tempo, secondo questo approccio, non poteva che esservi unicità della fonte della responsabilità dell'ente e di quella del medico, in quanto l'oggetto della prestazione era unico ovvero l'esecuzione diligente della prestazione sanitaria. La struttura ospedaliera, infatti, si impegna mediante la prestazione dell'operatore sanitario, alla cura del paziente. Stante, la comune radice, la responsabilità del medico non potrebbe che essere stessa di natura contrattuale, sulla falsariga di quella della struttura ospedaliera.

Al fine di ricostruire la responsabilità del sanitario come contrattuale, si è fatto ricorso a diverse teorie e, tra queste, quella del contratto a favore del terzo.

---

recente deriva dal presupposto dell'"assoggettamento" del prestatore di lavoro nei confronti del datore di lavoro, assoggettamento identificabile nella possibilità da parte del datore di lavoro di poter determinare modalità e tempi di esecuzione dell'oggetto dell'obbligazione sorta dal contratto stipulato dalle parti. Inoltre, per l'identificazione di una fattispecie di lavoratore subordinato, la giurisprudenza ha individuato alcuni criteri indiziari (mentre quello fondamentale rimane solo l'assoggettamento): la continuità della prestazione, che presuppone la natura dell'oggetto come attività e non risultato; il luogo di lavoro; l'obbligo di un determinato orario di lavoro più o meno flessibile, ma comunque determinato; una retribuzione anch'essa fissa e determinata, con l'assenza di rischio per il lavoratore. Il vincolo della subordinazione si ha quando il prestatore mette a disposizione del datore le sue energie psicofisiche al fine della realizzazione di un bene o servizio nell'interesse del datore. Si avrebbe pertanto un fenomeno di alienazione delle energie psicofisiche del lavoratore al datore. La natura sociale di tale vincolo sarebbe da rintracciare nel fatto che il prestatore subordinato, anche a livelli dirigenziali, può svolgere il proprio lavoro solo tramite i mezzi e le strutture di cui dispone il datore. Fa eccezione il rapporto di lavoro a domicilio, per il quale il vincolo di subordinazione assume una definizione "tecnica", ossia quella che definisce il vincolo di subordinazione come l'assoggettamento del prestatore di lavoro nei confronti delle direttive del datore di carattere organizzativo, sulle modalità di esecuzione della prestazione, i requisiti, le caratteristiche e le finalità del rapporto di lavoro.

<sup>187</sup> ZENO-ZENOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, pp. 297 ss.

<sup>188</sup> Ved. ad esempio Cass. 25 luglio 1967 n.1950 in *Resp.Civ.Previd.*, 1968, p.243 ss.

La struttura ospedaliera, infatti, secondo questo approccio, stipula il contratto con il personale sanitario affinché di queste prestazioni usufruiscano i pazienti-terzi. Pertanto, vi sarebbe un accordo tra stipulante(struttura sanitaria) e promittente (medico) che impegna il professionista ad eseguire una prestazione a favore del terzo ( paziente).

Siamo quindi, di fronte ad uno schema generale caratterizzato dalla produzione dell'effetto acquisitivo non già nei riguardi di uno dei contraenti, bensì nei confronti di un terzo; tale contratto è contrassegnato da una peculiare "efficacia esterna" rispetto agli stipulanti, i quali vogliono attribuire senz'altro al terzo il diritto di esigere la prestazione da una di esse (il promittente) però, il terzo, in virtù del principio di intangibilità della sfera giuridica del singolo pacisciente, deve dichiarare di volerne profittare.

In suddetta ipotesi, il diritto in favore del terzo, deriva direttamente dall'intesa raggiunta tra le parti contraenti e la dichiarazione del favorito di voler approfittare del contratto, ha solo la funzione di rendere irrevocabile ed immodificabile la prestazione in suo favore, in relazione alla quale le sole parti restano vincolate. Emerge, da quanto sin qui osservato, che deve trattarsi di contratto dal quale non derivino obblighi a carico del beneficiario, infatti, la locuzione "*a favore*" sta per l'appunto a sottolineare che possono essere attribuite al terzo soltanto situazioni giuridiche di vantaggio<sup>189</sup>.

---

<sup>189</sup>Art.1411c.c. "E' valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse .Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finchè il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare. In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto". Occorre anche chiarire immediatamente che il contratto a favore di terzo non configura un contratto tipico: tipico potrà essere, eventualmente, il contratto nel cui ambito è inserito il patto tendente alla produzione degli effetti favorevoli nella sfera giuridica del terzo, ma tale patto non è idoneo ad alterare la funzione del negozio in cui è inserito, atteso che la sua finalità è quella di individuare il soggetto che dovrà beneficiare della prestazione. Il che equivale a dire che il contratto a favore di terzo non esaurisce il proprio contenuto nella prestazione a favore del terzo: promittente e stipulante sono vincolati, nei loro rapporti, da obblighi interni (ed eventualmente reciproci) che non investono in alcun modo la posizione del terzo. Esso può dunque trovare collocazione nell'ambito di un contratto di più ampio respiro, in cui sia collocata la clausola che lo configura: la stipulazione a favore del terzo tende infatti ad assumere i contorni di una determinazione accessoria, che non snatura il contratto cui accede trasformandolo in un contratto diverso, sì da poter essere apposta a qualsiasi contratto oneroso dal quale sorga a carico di



Tale ricostruzione, manifestava immediatamente le proprie criticità; in primo luogo, il paziente, nel momento in cui agisce in sede processuale ai fini risarcitori, non contesta certo il contratto “di lavoro” intercorrente tra struttura sanitaria e medico ma, piuttosto, l’inadempimento all’obbligo di cura che ha cagionato un danno ingiusto. Inoltre, il modulo del 1411 c.c. appare del tutto inappropriato al caso della responsabilità civile del medico. Al paziente, infatti, non sono destinati solo vantaggi ma anche obblighi, come quello contributivo per le prestazioni sanitarie rese dalla struttura pubblica e quelli retributivi nel caso di trattamento sanitario presso una struttura privata. Va inoltre sottolineato che difficilmente potrà parlarsi del paziente come terzo, questi, infatti, lungi dall’essere estraneo al rapporto negoziale, stipula direttamente un contratto con la struttura sanitaria. Pertanto, il ricorso al 1411 c.c. appare chiaramente una forzatura volta però a ricondurre il rapporto medico-paziente al modulo contrattuale.

Una seconda tesi sempre volta a ricostruire la responsabilità dell’operatore sanitario come una responsabilità di natura contrattuale ricorreva alla teoria del contratto ad effetti protettivi per il terzo, tesi ugualmente destinataria di serrate critiche.

Interessante è però la ricostruzione fatta dai sostenitori di questa ricostruzione. Tale dottrina<sup>190</sup> ha, infatti, messo in evidenza come spesso il regolamento contrattuale abbia ad oggetto una pluralità di

---

uno dei contraenti o di entrambi un’obbligazione da eseguire in favore del terzo. Né potrebbe dirsi che il contratto a favore di terzo abbia causa autonoma rispetto al contratto principale: se la clausola diretta alla deviazione degli effetti contrattuali a favore del terzo ha semplicemente la funzione di individuare il soggetto cui spetterà la prestazione, non può che concludersi nel senso che la causa del contratto nel quale la clausola in parola è inserita rimane invariata, specie ove si consideri che l’attribuzione al terzo trova la propria giustificazione al di fuori della struttura del contratto nel quale la clausola stessa è inserita. Lo schema in parola costituisce solo una delle numerose ipotesi normative espressive della tendenza, affiorata nel vigente codice civile, ad ammettere l’efficacia diretta del negozio a favore di terzi, con il limite del potere di rifiuto del beneficiario: la dottrina include in tale ambito la figura del contratto con obbligazioni del solo proponente (art. 1333 c.c.), caratterizzato dalla configurazione dell’atto del proponente, al di là della qualificazione normativa, come vero e proprio negozio unilaterale, produttivo di effetti immediati a favore del l’oblato, ancorché aperto all’eventualità del rifiuto, la figura della donazione obnuziale, cui si riconosce tradizionalmente – sulla scia del tenore letterale dell’art. 785 c.c. – natura unilaterale, i negozi costitutivi di vincoli di garanzia, la remissione del debito (art. 1236 c.c.), il legato, ecc.

190 C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, pp. 123 ss.

prestazioni. Oltre al diritto alla prestazione principale, è garantito e rimane esigibile, l'ulteriore diritto, di carattere accessorio e derivante dagli obblighi di protezione, a che non siano cagionati danni a terzi, estranei al contratto.

In tali ipotesi, quando la prestazione accessoria rimane inadempita, può agire non soltanto la controparte che presenti un interesse attuale, ma anche il soggetto a protezione del quale è posta quell'ulteriore obbligazione. Tali obblighi di protezione, inoltre, trovano riconoscimento ex art. 2 Cost. in virtù del generale principio di solidarietà<sup>191</sup>.

È quindi la stessa Costituzione che, riconoscendo e tutelando i diritti inviolabili, impone un'interpretazione del contratto in termini protettivi nei confronti non soltanto delle parti, ma anche di terzi. Il terzo non può ovviamente vantare alcun diritto al conseguimento della prestazione principale di un contratto di cui non è parte, ma può comunque pretendere che la sua esecuzione sia diligente e tale da non procurargli danno.

Suddetto approccio, ricorre ad una teoria già *ex se* discussa per ricostruire la natura di una responsabilità civile oggetto di dibattito, per l'effetto, dilagante è l'incertezza. Inoltre, va osservato che il contratto di ospedalità obbliga la struttura ospedaliera alla cura del paziente che vanta un vero e proprio diritto alla prestazione, per tale ragione non va trascurato nemmeno il fatto che il paziente è chiaramente una parte negoziale e non già un terzo occasionalmente protetto<sup>192</sup>.

Come emerge da questa prima indagine, la ricostruzione della natura della responsabilità dell'operatore sanitario ha dato vita ad una serie di posizioni diametralmente opposte e tutte con evidenti

---

<sup>191</sup> M. RIARIO SFORZA, *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, in *Giur. merito*, 2008, 12, pp. 3354 ss

<sup>192</sup> R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1995, pp. 3 ss.

criticità. L'ultima frontiera in materia di responsabilità civile del medico, prima del netto intervento della legge Gelli-Bianco, era quella di matrice giurisprudenziale che riconduceva suddetto rapporto al contatto sociale qualificato e, dunque, postulava una responsabilità contrattuale da contatto sociale ricorrendo al 1173 del c.c e alle "*variae causarum figurae*" di Gaiana memoria<sup>193</sup>.

La dottrina discorre in queste particolari ipotesi, di "obbligazioni senza prestazioni"; trattasi di obblighi di protezione che si presentano allo stato puro, orfani cioè di un obbligo di prestazione: il contenuto obbligatorio si esaurisce negli obblighi di protezione senza che, a monte, sia ravvisabile un obbligo primario di prestazione. In altri termini, il rapporto obbligatorio ha ad oggetto la protezione della sfera giuridica altrui, ciò che crea questo obbligo di protezione è il contatto sociale qualificato ovvero una relazione, di fatto, fondata su un obbiettivo affidamento, riposto- nel caso dell'operatore sanitario- nel suo particolare status professionale che fa nascere obblighi specifici di comportamento attivo ex art.1173 c.c.(e non il semplice dovere di astensione tipico della responsabilità aquiliana), il cui inadempimento genera una responsabilità ex art.1218 c.c.

Dunque, fonte della obbligazione senza prestazione non è né il contratto né l'illecito ma il contatto sociale qualificato, figura sussumibile in "ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico" di cui all'art. 1173 c.c.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> Gaio, *Istitutiones a cura di Sergio Beltrani*, Edizioni Scientifiche Simone, Napoli.

<sup>194</sup> Cass. civ. 22.1.1999, sez. III, n. 589, Danno e Responsabilità, 1999, 294. Nella condivisibile argomentazione della Cassazione si legge "un recente, ma sempre più consistente, orientamento della dottrina ha ritenuto che nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostagli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come culpa in *non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale.

Infatti, la più recente ed autorevole dottrina<sup>195</sup> ha rilevato che è ragionevole ritenere che l'art. 1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consenta di inserire tra le fonti, i principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui, con specifico riguardo alla fattispecie in esame, il diritto alla salute). Suddetta teoria è, secondo alcuni<sup>196</sup>, suggerita dall'ipotesi legislativamente prevista di efficacia di taluni contratti nulli (artt. 2126, comma 1, 2332, commi 2 e 3, c.c., art. 3, comma 2, L. 756/1964), e va allargata altresì fino al punto di comprendere i casi di rapporti che, nella previsione legale sono di origine contrattuale e, tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale e grazie al semplice "contatto sociale" (secondo un'espressione che risale alla dottrina tedesca<sup>197</sup>), si fa riferimento, in questi casi al "rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale". Con questa espressione, dunque, si riassume una duplice veduta del fenomeno, indagato sia in ragione della fonte (il fatto idoneo a produrre l'obbligazione in conformità dell'ordinamento ex art. 1173 c.c.) sia in ragione del rapporto che ne scaturisce. Quindi la categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte – individuata nello schema dell'art. 1173 – e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto.

---

<sup>195</sup> C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, p.V la responsabilità, Giuffrè

<sup>196</sup> F.GAZZONI, *op.cit*

<sup>197</sup> La dottrina tedesca è pioniera nel teorizzare il contatto sociale discorrendo di "rapporti contrattuali di fatto" (c.d. "Faktische Vertragsverhältnisse"), facendo riferimento a tutte le ipotesi in cui si ravvisano obbligazioni senza prestazioni o doveri preesistenti di collaborazione e di protezione i in assenza di un contratto. All'interno di questa categoria la dottrina tedesca ha operato una tripartizione tra: rapporti derivanti da contatto sociale, i "rapporti di cortesia" e quelli "precontrattuali" in tal senso G. HAUPT, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für F. Siber*, 1943, Leipzig; nonché H. DÖLLE, *Außergesetzliche Schulpflichten*, in *Die Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1943; più recentemente, K. LARENZ, *Schuldrecht*, München, 1982. Sull'argomento, C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in Enc. Giur. Treccani, XXV, 1991, p. 8; V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in Rass. Dir. civ., 1981, p. 668 ss.; P. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in *Giust. Civ.*, I, 2014, p. 197 ss.;

In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui<sup>198</sup>. Quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (*culpa in non faciendo*) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale<sup>199</sup>. Dunque, suddetto schema trova riscontro nel caso di un operatore di una professione c.d. protetta (cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, art. 348 c.p.), in particolare se detta professione abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica, che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 Cost.

Invero, a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un *non facere* e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua competenza professionale, ma quel *facere* nel quale si manifesta la perizia-accertata a seguito di

---

<sup>198</sup> infatti, è ormai acquisito che, nell'ambito dell'art. 2043 c.c., l'ingiustizia non si riferisce al fatto, ma al danno in tal senso tra tutti gli autori chiaramente F.GAZZONI *op.cit.*

<sup>199</sup> Un'eco di questa impostazione sembra ravvisarsi in Cass., sez. I, 1° ottobre 1994, n. 7989, secondo cui la responsabilità extracontrattuale ricorre solo quando la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all'attore da alcun rapporto giuridico precedente, o comunque indipendentemente da tale eventuale rapporto, mentre, se a fondamento della pretesa venga enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale.

idonea abilitazione professionale- che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento<sup>200</sup>.

In altri termini, la prestazione sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due. Ciò è dovuto al fatto che, trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il "pubblico è obbligato per legge a valersi" (art. 359 c.p.), e quindi trattandosi di una professione protetta, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda se esiste o meno un contratto. La pur confermata assenza di un contratto e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità che qualifica *ab origine* l'opera di

200 L'abusivo esercizio di una professione è un delitto disciplinato dall'art. 348 del Codice Penale Italiano, che punisce "chiunque eserciti una professione per l'esercizio della quale è prevista l'ammissione ed iscrizione a speciali albi o elenchi, senza esserne stato abilitato a norma di legge". Si deve dunque ritenere colpevole di tale reato l'agente che esercita la professione nel caso in cui non sia stato abilitato; chi è in possesso di titolo idoneo, ma non è iscritto all'Albo; l'iscritto all'Albo che sia stato sospeso o radiato dallo stesso; il diplomato o laureato e/o abilitato in altro Paese, ma con titolo non riconosciuto dallo Stato italiano; chi, pur avendo conseguito l'abilitazione all'esercizio di una determinata professione, agevoli l'esercizio abusivo da parte di qualcun altro (prestanomismo); , L'art. 348 cod. pen. Infatti è norma penale in bianco, in quanto presuppone l'esistenza di altre norme volte a determinare le professioni per le quali è richiesta la speciale abilitazione dello Stato e l'iscrizione in un apposito albo, con la conseguenza che, saldandosi dette norme con la previsione penale, resta esclusa alcuna violazione dei principi di determinatezza e tassatività della fattispecie. Ad essere titolare dell'interesse protetto è la pubblica amministrazione, che disciplina le modalità di accesso alla professione ma soprattutto la collettività, che, avendo necessità di una determinata prestazione professionale, deve poter contare sul possesso di un determinato standard di probità e competenza in capo ai soggetti eroganti (anche se talvolta è lo stesso utente ad accettare, magari a fronte di una minore entità del compenso richiesto, le prestazioni abusive). La Corte di Cassazione, pronunciandosi a più riprese sul delitto di abusivo esercizio della professione, ha precisando che concreta esercizio abusivo di una professione, non solo il compimento senza titolo, anche se posto in essere occasionalmente e gratuitamente, di atti da ritenere attribuiti in via esclusiva a una determinata professione, ma anche il compimento senza titolo di atti che, pur non attribuiti singolarmente in via esclusiva, siano univocamente individuati come di competenza specifica di una data professione, allorché lo stesso compimento venga realizzato con modalità tali, per continuità, onerosità e (almeno minimale) organizzazione, da creare, in assenza di chiare indicazioni diverse, le oggettive apparenze di un'attività professionale svolta da soggetto regolarmente abilitato. Passando ad esaminare il numero dei reati di abusivo esercizio di una professione negli ultimi 8 anni (dal 2004 al 2012) secondo i dati raccolti dalla Federazione Nazionale dei medici e degli odontoiatri, si rileva che mediamente ogni anno in Italia sono 673 i reati commessi e scoperti Eures Ricerche Economiche e Sociali Fnomceo e dalle Forze dell'Ordine, pari a circa 2 ogni giorno. Le statistiche relative ai reati denunciati e scoperti rappresentano tuttavia soltanto una porzione limitata del fenomeno, le cui dimensioni effettive appaiono decisamente più ampie. Ciò premesso, il dato disaggregato per macroarea (Nord, Centro e Sud), rileva una più elevata illegalità al Nord, dove mediamente sono 343 i reati di abusivo esercizio di una professione denunciati ogni anno, pari al 51% di quelli complessivamente registrati in Italia; seguono le regioni del Sud (210 reati scoperti e denunciati mediamente ogni anno, pari al 31,2% del totale) e quelle del Centro (120, pari al 17,8%). Anche in termini relativi, il Nord conferma il primato negativo di area a più elevata diffusione del reato di abusivo esercizio di una professione, risultando le denunce pari a 12,6 ogni milione di abitanti, a fronte delle 10,4 del Centro e delle 10,2 del Sud (e del dato medio nazionale pari a 11,3).

quest'ultimo e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi, su tale professionalità, ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui.

Il medico, infatti, non può essere considerato rispetto al paziente affidatogli alla stregua di "un passante o *quisque de populo*" sottoposto al generico dovere di *neminem leadere* gravante indistintamente su tutti i consociati.

Se la responsabilità del medico fosse riconducibile alla responsabilità aquiliana essa sarebbe configurabile solo nel caso in cui l'attività negligente o imperita del sanitario peggiori la salute del paziente, non anche qualora la stessa non conduca alla guarigione del paziente posto che, in tale secondo caso, non sarebbe configurabile una responsabilità aquiliana del medico per il semplice fatto che il paziente non è peggiorato e, dunque, non ha subito un danno, una *deminutio* rispetto alla situazione in cui si trovava prima dell'intervento del sanitario. Vi è invece concordia nel ritenere che sul medico non gravi solo l'obbligo di non peggiorare la salute del paziente, ma soprattutto quello di tendere quantomeno ad un miglioramento della stessa.

Proprio gli aspetti pubblicistici, che connotano l'esercizio di detta attività, comportano -secondo i sostenitori di questa teoria- che il regime di responsabilità non possa che essere unico, senza possibilità di distinguere se alla prestazione sanitaria il professionista sia tenuto contrattualmente o meno. L'esistenza di un contratto, infatti, potrà essere rilevante solo al fine di stabilire se il medico sia obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria in virtù di uno specifico negozio sottoscritto con il paziente debitore. In assenza di dette ipotesi di vincolo, il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico ma, se il medico interviene -ad esempio perché a tanto tenuto nei confronti dell'ente

ospedaliero- l'esercizio della sua attività sanitaria e quindi il rapporto paziente-medico, non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente operatore sanitario.

Da tutto ciò consegue che la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente-secondo questa teoria- hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi<sup>201</sup> (qualificazione che discende non dalla fonte dell'obbligazione, ma dal contenuto del rapporto). L'approdo finale dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale dinanzi delineata è, dunque, la contrattualizzazione della responsabilità del medico in forza del "contatto sociale" che viene ad instaurarsi con il paziente al momento della sua accettazione in ospedale e dell'adempimento nei suoi confronti della prestazione dal medico convenuta con la struttura sanitaria<sup>202</sup>. Le suesposte considerazioni hanno indotto la S.C. ad abbandonare la tesi della natura aquiliana della responsabilità del sanitario e ad affermarne la natura contrattuale da contatto sociale.

Una certa parte della dottrina, infatti, ha posto in evidenza che la responsabilità civile del medico è un vero e proprio "sottosistema" della responsabilità civile, una "frontiera avanzata" della stessa<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> Cass. civ. 22.1.1999, sez. III, n. 589, *Danno e Responsabilità*, 1999, p.296 e ss.;

Cass. civ. 28.5.2004, sez. III, n. 10297, *Juris Data*, 2006.

<sup>202</sup> Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, *Danno e Responsabilità*, 1999, p.296 e ss.; Cass. Civ. 13.4.2007, n. 8826, in Resp. civ. e prev. 2007, p.1824 ss.

<sup>203</sup> E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relative assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.47.



Non a caso è proprio in questo settore che per la prima volta la Giurisprudenza<sup>204</sup> sperimenta la teoria del “contatto sociale” che da questo particolare settore, transita poi in altre ipotesi altrettanto sensibili (si pensi al rapporto tra la madre e il medico ginecologo che a causa di un suo errore abbia fatto nascere il figlio con malformazioni<sup>205</sup> ,al padre che voglia vantare delle pretese nei confronti del medico ginecologo che ha commesso un errore di diagnosi<sup>206</sup> ,alla responsabilità della banca per il pagamento di un assegno circolare a soggetto non legittimato<sup>207</sup> ,al rapporto tra l’insegnante e l’alunno di una scuola pubblica che si sia provocato una lesione<sup>208</sup> ,alla responsabilità della P.A. per inesatte informazioni fornite al cittadino fino a giungere fino a giungere alla responsabilità dello Stato nei confronti dei detenuti per detenzione contraria -stante il sovraffollamento carcerario italiano- ai principi in materia di umanità della pena<sup>209</sup>).

Dunque, la teoria del contatto sociale, a lungo tempo -come conferma la giurisprudenza in materia- appare quella più adeguata a descrivere il rapporto medico paziente, stante la sussistenza di un contatto qualificato tra le parti e, soprattutto, in quanto più protettiva per il paziente ma la stessa prestava comunque il fianco a diverse criticità e, attualmente, risulta completamente superata dal dettato normativo.

---

<sup>204</sup> E.QUADRI,op.cit. con riferimento a Cass. Civ. 22 gennaio 1999 n.589.

<sup>205</sup> Cass. SS.UU. 25767/2015 in Mass. Cort. Cass.;

<sup>206</sup> Cass. 16123/2006 in Mass. Cort. Cass. ;

<sup>207</sup> Cass. SS.UU. 14712/2007 in Mass. Cort. Cass.;

<sup>208</sup> Cass. 3612/2014 e 19158/2012 in Mass. Cort. Cass. ;

<sup>209</sup> Determinante in tal senso l'intervento al convegno Law and Medicine, 20 Maggio 2016, Università Federico II di Napoli, del Dott. F.Graziano che evidenziava il forzato “affidamento” del detenuto nello Stato ed il sensibile rischio di “derive” della teoria del contatto sociale che, pur volta alla tutela, nel caso del trattamento sanitario, del paziente, incorre in evidenti criticità soprattutto in mancanza di un preciso dettato normativo.

#### **IV- Le ricadute applicative della teoria del contatto sociale.**

Come precedentemente evidenziato, la giurisprudenza, stante una sostanziale incertezza in relazione alla natura della responsabilità civile del medico e la totale assenza di un intervento normativo in questo particolare settore, si era assestata su una ricostruzione della stessa, in termini di responsabilità contrattuale da contatto sociale.

Questa qualificazione è frutto di una sapiente scelta, volta a tutelare il paziente e, come osservato da autorevole dottrina<sup>210</sup>, frutto anche di una evoluzione del rapporto medico paziente; il ricorso al contatto sociale anzicchè alla responsabilità ex art.2043 c.c. ha importanti conseguenze applicative, oltre che sulla durata del termine di prescrizione-decennale anzicchè quinquennale- sul terreno del riparto dell'onere della prova<sup>211</sup>.

Va infatti osservato che, l'attore -ovvero il paziente- deve limitarsi a provare la fonte del suo diritto- dunque la relazione qualificata con il medico- e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia limitandosi, alla mera allegazione dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento da parte dell'operatore sanitario. Quindi, il paziente è tenuto a provare il titolo, ovvero il contratto di ospedalità, ma si limita solo ad allegare-e non a provare- l'inadempimento ed il nesso di causalità<sup>212</sup> tra questo e il danno. Va

---

<sup>210</sup> G .ALPA, *Dal medico alla équipe, alla struttura, al sistema*, in Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.14.

<sup>211</sup> Cass.civ.SS.UU.30.10.2001, n.13533.

<sup>212</sup> Come già da tempo una attenta dottrina (F.BOCCHINI, intervento al convegno "La responsabilità civile in materia sanitaria: luci ed ombre", Napoli, Università Federico II, 19 maggio 2017) ha ritenuto di sottolineare, le esigenze decostruttive e ricostruttive dell'istituto del nesso di causa sottese al sottosistema penalistico non sono in alcun modo riprodotte (nè riproducibili) nella diversa e più ampia dimensione dell'illecito aquiliano, tanto sotto il profilo morfologico della fattispecie, quanto sotto l'aspetto funzionale. Sotto il profilo morfologico, difatti, va considerato, da un canto, come il baricentro della disciplina penale con riferimento al profilo causale del fatto sia sempre e comunque rivolto verso l'autore del reato/soggetto responsabile, orbitando, viceversa, l'illecito civile intorno alla figura del danneggiato; dall'altro, come, alla peculiare tipicità del fatto reato, faccia da speculare contraltro il sistema aperto ed atipico dell'illecito civile. Sotto il profilo funzionale, in sintonia con la più attenta dottrina, va considerato:

inoltre evidenziato che alla “presunzione di colpa” prevista dall’art.1218 c.c. la giurisprudenza ha aggiunto anche la presunzione di nesso causale<sup>213</sup> o meglio la presunzione della rilevanza causale dell’inadempimento qualificato del sanitario.

Il nesso causale tra la condotta del medico e il danno, infatti, si presume ove il paziente allegghi che il sanitario abbia tenuto una condotta astrattamente idonea a causarlo. Va però evidenziato che si tratta di una presunzione relativa, potendo essere vinta dalla prova contraria fornita dal medico. In assenza di certezze processuali circa l’effettiva eziologia tra l’inadempimento qualificato del medico e l’evento dannoso, però, secondo questo approccio, il professionista dovrebbe comunque essere ritenuto responsabile del rischio della causa ignota o incerta. Infatti, laddove la causa del danno resti sconosciuta, le conseguenze non possono certo ridondare a carico del paziente-danneggiato ma gravano ugualmente sul medico che non sia in grado di fornire un sufficiente prova liberatoria. Naturalmente, il significato di tale presunzione è un evidente favor per il danneggiato, e non può nemmeno essere tralasciata la rilevanza che assume, al riguardo, il principio della colpa obiettiva quale violazione della misura dello sforzo in relazione alle circostanze del caso concreto. Nella ripartizione dell’onere della prova, inoltre, resta fermo il generale principio

---

- da un canto, che la valutazione del nesso di causa, fondata esclusivamente sul semplice accertamento di un aumento (o di una speculare, mancata diminuzione) del rischio in conseguenza della condotta omessa, è criterio ermeneutico che inquieta l’interprete penale, poichè realmente trasforma surrettiziamente la fattispecie del reato omissivo improprio da vicenda di danno in reato di pericolo (o di mera condotta), mentre la stessa preoccupazione non pare esportabile in sede civile, dove l’accento è posto, ormai, sul concetto di “danno ingiusto”; dall’altro lato, come ancora osservato in dottrina, che conseguenza della atipicità dell’illecito è la sua interazione con altre discipline (economiche e sociali, e non necessariamente solo scientifiche, funzionali, queste, in sede penale, a svolgere il compito di “legge di copertura”), onde pervenire al risultato finale di costruire una credibile teoria della prevenzione efficiente del costo sociale dei danni, allocando la responsabilità (anche) secondo criteri elastici che si strutturano (ormai da almeno un trentennio) seguendo una sempre più notevole ed accurata individuazione (specie in campo medico - professionale) delle tecniche giuridiche attraverso le quali pervenire ad una più articolata e complessa distribuzione dei rischi comunque e sempre collegati a tale attività.

Dunque il modello di causalità come disegnato dalle sezioni unite penali mal si attaglia a fungere da criterio valido anche in sede di accertamento della responsabilità civile da illecito omissivo del sanitario.

213 SS.UU. civ.11 Gennaio 2008

enunciato dalla giurisprudenza in base all'art.24 Cost., ovvero quello della vicinanza della prova.

Il principio di vicinanza della prova o di riferibilità prevede, infatti, che l'onere della prova debba essere ripartito tenendo conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro dei contendenti di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare. Dunque, la prova dell'assenza di colpa o della mancanza del nesso causale tra l'inadempimento qualificato ed il danno è sicuramente più vicina al medico, soggetto professionale in possesso degli elementi utili e del bagaglio conoscitivo necessario<sup>214</sup>.

Va però evidenziato che suddetta tesi, secondo la quale il paziente-creditore ha solo l'onere di allegare e non di provare la rilevanza causale dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento del medico, non è del tutto pacifica e che è fortemente criticata da una certa parte della dottrina. È evidente infatti che, così operando, si rischia di ingessare l'attività dell'operatore sanitario che, soprattutto nei casi più complessi, potrebbe ritenere più conveniente astenersi dall'intervento piuttosto che assumersi il rischio di un difficile onere probatorio e quello ancor più gravoso della "causa ignota". Dunque, un primo aspetto favorevole della responsabilità da contatto sociale è, come evidenziato, quello probatorio ma non è certo l'unico.

Altro aspetto di rilievo, che ha spinto la dottrina e la giurisprudenza a discorrere della responsabilità medica come ipotesi di responsabilità da contatto sociale, è anche il più favorevole termine

---

<sup>214</sup> E.QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relative assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.51.

di prescrizione. Come noto, infatti, il termine di prescrizione per esercitare l'azione contrattuale è decennale ex art. 2946 c.c., mentre nelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale il termine è quinquennale.

Chiaramente, nella delicata materia dei trattamenti sanitari, molto spesso una valutazione della buona o cattiva riuscita dell'intervento richiede un lasso di tempo cospicuo, pertanto, ricostruendo la responsabilità dell'operatore sanitario come ipotesi di responsabilità aquiliana il rischio è che il paziente-danneggiato veda prescritta l'azione risarcitoria che, talvolta, può rappresentare la sua unica forma di tutela. Pertanto, anche sotto questo profilo, la responsabilità da contatto è sicuramente protettiva nei confronti del paziente ma, allo stesso tempo va sottolineato, come sostenuto da autorevole dottrina che, a seguito della giurisprudenza che ha teorizzato i cosiddetti danni lungolatenti, la qualificazione della responsabilità medica come contrattuale o aquiliana, almeno sotto questo profilo, non ha differenti risvolti pratici. Infatti, la teoria dei danni lungolatenti, rende ormai quasi imprescrittibile la responsabilità del medico in quanto si realizza una traslazione in avanti del *dies a quo* della decorrenza del termine prescrizionale, dunque, in buona sostanza, per questa tipologia di danni, la responsabilità del professionista finisce con il non prescriversi mai, a prescindere dalla natura che gli si attribuisca<sup>215</sup>.

L'art. 2947 c.c. statuisce infatti lapidariamente che il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il "fatto" si è verificato. Una lettura meramente letterale della disposizione - in cui in effetti è assente qualsivoglia elemento testuale che pertenga alla scoperta del danno

---

<sup>215</sup> E.QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relative assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicuratrici, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.52.

- nonché atomistica - vale a dire sconnessa da quella degli artt. 2935 e 2043 c.c. - porterebbe, dunque, a concludere che il termine non possa che decorrere dalla causazione del danno, essendo invece irrilevante il diverso, successivo momento della sua percezione da parte del danneggiato, della esternazione del danno stesso<sup>216</sup>. La giurisprudenza - con il supporto della dottrina tuttora maggioritaria<sup>217</sup> - ha successivamente accolto una nozione di “fatto” non limitata al semplice comportamento materiale omissivo o commissivo dell’agente, ma comprensiva dell’evento nel suo complesso; il “fatto”, dunque, è stato inteso quale risultante di due componenti: il comportamento doloso o colposo del danneggiante e le relative conseguenze di danno, implicanti una modificazione della realtà esteriore riconoscibile dal soggetto<sup>218</sup>. Per tale via, in ipotesi di discrasia tra comportamento dannoso e verificarsi della conseguenza, già in passato il termine prescrizionale si è detto decorrere non da quando è stato posto in essere il comportamento che causalmente ha determinato il danno, ma da quando questo si è propriamente verificato, ossia si è esteriorizzato e reso conoscibile; si è altresì precisato che, ai fini della decorrenza, il danno debba manifestarsi nella sua compiutezza, in tutte le sue componenti, e dunque in tutta la sua gravità<sup>219</sup>.

<sup>216</sup> Vedi A.BIONDI, *Appunti sull’art. 2947 c.c.*, in *Foro it.*, 1955, I, 1366 ss.; G. GENTILE, *Regime della prescrizione in materia di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1958, 291 ss. In tal senso anche F.MONATERI, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno resp.*, 2004, 389 ss.

<sup>217</sup> Cfr., tra gli altri, POTTOLINGHI, *Prescrizione dell’azione per danni*, Milano, 1975, 86 ss. Più recentemente, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, Milano, 2012, 567 ss. Contra vedi P.DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3<sup>a</sup> ed., I, Milano, 1979, 277 ss. Sul tema G.VITUCCI, *Art. 2935*, in SCHLESINGER (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Milano, 1999, 77 e VITUCCI-ROSELLI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno*, XX, Torino, 1984, p. 397.

<sup>218</sup> Per la ricostruzione della giurisprudenza di legittimità e di merito all’indomani del codice del 1942, vedi C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.* fondata da Bigiavi, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1985, 342 ss.

<sup>219</sup> Ex plurimis, Cass., 27 febbraio 1962, n. 363, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1061; Cass., 12 luglio 1965, n. 1436, in *Mass. giust. civ.*, 1965, 735; Cass., 12 gennaio 1972, n. 74, in *Resp. civ. prev.*, 1972, 428. Si veda, spesso citata come leading case nelle rassegne, Cass., Sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716, in *Resp. civ. prev.*, 1980, p.90; in *Foro it.*, 1980, I, p.1115; in *Giust. civ.*, 1979, I, p.1440. In quel caso la decorrenza della prescrizione venne peraltro collegata non alla nascita della malattia (ipovarismo), ma al momento in cui la predetta si dimostrò irreversibile. Si veda anche Cass., Sez. III, 24 febbraio 1983, n. 1442, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p.627; Cass., Sez. II, 6 febbraio 1982, n. 658, in *Giust. civ.*, p.2781, con nota di VENTRELLA, *Danno “occulto” e illecito permanente: questioni di decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno*. Va inoltre sottolineato che, detto orientamento, è stato di fatto ratificato dal legislatore nel primo intervento sulla responsabilità da prodotti difettosi, e segnatamente con l’art. 13 dell’abrogato D.P.R. 224/1988: “Il diritto al risarcimento si prescrive in tre

I suddetti principi – tuttora condivisi dalla giurisprudenza – hanno più recentemente trovato larga applicazione nello specifico caso della prescrizione dell'azione risarcitoria derivante da danni lungolatenti, quali quelli legati, tipicamente, alla responsabilità medica in genere, alle malattie professionali, alla trasfusione di sangue o emoderivati infetti, in questi casi dunque il termine prescrizione inizierà a decorrere dal momento di manifestazione del danno<sup>220</sup>.

anni dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile". Come è evidente leggendo la disposizione, la contropartita è stata quella di un accorciamento del termine prescrizione. La disposizione è stata poi confermata dall'art. 125 del Codice del Consumo (D.Lgs. 206/2005), ove è confluita la relativa disciplina. Analogamente, in tema di danni cagionati dall'impiego di energia nucleare, l'art. 23 della L. 1860/1962 stabilisce che "Le azioni per il risarcimento dei danni alle cose e alle persone dipendenti da incidenti nucleari si prescrivono nel termine di tre anni dal giorno in cui il danneggiato abbia avuto conoscenza del danno e dell'indennità dell'esercente responsabile oppure avrebbe dovuto ragionevolmente esserne venuto a conoscenza". Si veda anche il progetto di legge avente ad oggetto la "Disciplina organica in materia di risarcimento di danno alla persona ...", predisposto dall'Associazione italiana sul Danno alla Persona e dall'Istituto Piemontese di Studi Economici e Giuridici, entrambi reperibili in sito [www.dannoallapersona.it](http://www.dannoallapersona.it).

220 G.BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case della cassazione sposta il dies a quo dalla manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio al responsabile* (la nuova regola a confronto con il modello inglese... idee per una riforma), in *Giur. it.*, 2004, p.286 ss.; questo Autore segnala come il sistema inglese abbia peraltro ricevuto l'apprezzamento della Corte di Strasburgo, come si ricava dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 22 ottobre 1996, *Stubbings e altri c. Regno Unito*, cit. Per una panoramica di diritto comparato su prescrizione e decadenza, si veda P.GALLO, *Prescrizione e decadenza in diritto comparato*, in *Dig. it. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1996, p.248 ss. e W.ZIMMERMANN, *Comparative foundations of a European law of set-off and prescription*, Cambridge, 2002, p.20. A.PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, I, p.21 ss; Cass., Sez. II, 6 febbraio 1982, n. 658, cit. Cfr. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 37-38. 22 Ex multis, Cass. civ., sez. III, 10 giugno 1999, n. 5701, in *Foro it. rep.*, 1999, Prescrizione e decadenza, n. 82; Cass. civ., sez. III, 12 agosto 1995, n. 8845, *Foro it. rep.*, 1995, Prescrizione e decadenza, n. 29; App. Roma, 23 ottobre 2000 e Trib. Roma, Sez. II, 14 giugno 2001, in *Danno resp.*, 2001, 1067; T. Torino, 14 marzo 2007, in *Resp. civ.*, 2007, 1371; Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2011, n. 13616, in *Foro it.*, 2012, I, 842; Cass. civ., sez. III, 19 dicembre 2013, n. 28464, in *Foro it. rep.*, Prescrizione e decadenza, n. 15. Cfr. BONA, op. ult. cit., per un'ampia e dettagliata rassegna di giurisprudenza in materia. Emblematico in materia il caso dell'asbestosi – le Corti italiane hanno a più riprese precisato che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno biologico e del danno morale conseguenti alla malattia professionale decorre dal momento in cui sia stata raggiunta – tramite precise indagini mediche – la certezza della malattia e della sua origine professionale. Più marcatamente, anche con pronunce a Sezioni Unite, in casi di responsabilità del Ministero della Sanità per i danni conseguenti alle trasfusioni. Sul danno lungolattente, PIZZO, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Padova, 2004, p.172 ss., 202 ss.; ID., *Sangue infetto e responsabilità civile: responsabilità, rischio e prevenzione*, in *Danno resp.*, 2000, p.229; ID., *La responsabilità dello Stato per il contagio di emolifici e politrasfusi: oltre i limiti della responsabilità civile*, ivi, 2001, p.1067; ID., *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolattente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*, in *Danno resp.*, 2003, p. 853, postilla al contributo di P. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolattente* (Nota a Cass., sez. III, 21 febbraio 2003, n. 2645, Menozzi c. Min. sanità), ivi, p.845; G. ROSSETTI, *Postumi silenti, la prescrizione decorre lo stesso*, in *Dir. giust.*, 2004, p.46 ss.; M.TESCARO, *Osservazioni in tema di decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità*, in *Studium juris*, 2007, p.255; L.BUFFONE, *Prescrizione del diritto al risarcimento dei danni lungolatenti*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p.1269; M.VIOLA, *La nuova responsabilità civile lungolattente - Commento a margine delle sezioni unite 581/2008*, in *Vita not.*, 2008, p.839; A.RIGHETTI, *Ancora un revirement della Cassazione sul dies a quo della prescrizione dell'azione risarcitoria nel danno lungolattente: un segnale per le sezioni unite?*, in *Giur. it.*, 2004, p.1584; ID., *Prescrizione e danno lungolattente*, in *Danno resp.*, 2003, p.845; P.VALERINI, *La prescrizione dei danni lungolatenti*, *Il civilista*, 2009, p.74; A.CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti - Tendenze ed orientamenti del coverage trigger disputes*, in *Dir. ec. ass.*, p.2010. Sulla disciplina legislativa in materia, vedi P.PARENTE, *La protezione giuridica della persona dall'esposizione a campi elettromagnetici*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p.397 ss. Cfr. AA.VV., *Prescrizione e decadenza: tutele sostanziali e strategie processuali*, a cura di Viola, Milano, 2009, p.364. Cass. civ., sez. lav., 08 maggio 2007, n. 10441, *Foro it.*, 2007, I,

Altro aspetto non meno rilevante è quello relativo alla quantificazione del danno, mentre infatti nella responsabilità contrattuale -al di fuori dei casi di dolo- il danno risarcibile è limitato ai soli casi prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione, nella responsabilità aquiliana è esteso anche a quelli imprevedibili. Dunque, sotto questo profilo, la ricostruzione della responsabilità del medico come da contatto sociale, consente all'operatore sanitario di escludere il risarcimento per quelle conseguenze post-operatorie assolutamente neglette ed imprevedibili. Quindi, anche l'operatore sanitario, almeno sotto il profilo della quantificazione del danno, beneficia di una ricostruzione in termini contrattuali della responsabilità. Vero è che la quantificazione è attività rimessa ad una valutazione equitativa del giudice, sulla base delle circostanze fattuali e, per sua natura, incerta. Pertanto, il rischio resta insito nella discrezionalità giudiziaria che è però alla base dell'intero sistema risarcitorio.

Quindi è possibile osservare che, la netta contrapposizione concettuale tra responsabilità contrattuale ed aquiliana, consegnataci dalla tradizione, si è nel corso del tempo, notevolmente attenuata, divenendo i confini tra le due categorie, molto più incerti e labili rispetto al passato. Si è infatti assistito ad un fenomeno di contrattualizzazione della responsabilità aquiliana o come evidenziato da una certa parte della dottrina<sup>221</sup> "di espansione della responsabilità contrattuale ed erosione di quella aquiliana con una evidente trasmigrazione nell'ambito della responsabilità per inadempimento di fattispecie prima tutelate nelle forme dell'illecito aquiliano". Il fenomeno è essenzialmente legato alle contingenze dei casi concreti sottoposti al vaglio delle corti nonché ad un deficit normativo in questo delicato settore che, solo di recente, è stato

---

p.2701; in *Orient. giur. lav.*, 2007, I, p.622 e in *Not. giur. lav.*, 2008.

<sup>221</sup> F.GAZZONI, *op.cit.*



attenzionato ed ha visto il succedersi di ben due interventi normativi<sup>222</sup> a testimonianza della criticità della materia.

In conclusione, diverse sono state le teorie sulla responsabilità civile del medico avanzate dalla dottrina e, talvolta, sposate dalla giurisprudenza anche della Suprema Corte.

Tutte- come evidenziato- presentavano vantaggi ma anche criticità. L'incertezza nel settore sanitario e l'avvicinarsi di diversi approcci volti a ricostruire la responsabilità civile del medico, era originata dalla completa mancanza di un dettato normativo specifico in tale delicato settore.

La tesi del contatto sociale che postulava una responsabilità contrattuale ex art.1173 c.c. era quella che aveva trovato maggior riscontro in quanto in grado di proteggere adeguatamente il paziente e allo stesso tempo, preservare il medico dal dilagante rischio della medicina difensiva. Le criticità erano però evidenti. Si trattava di una ricostruzione -mutuata dalla dottrina tedesca<sup>223</sup>- ma priva di un espresso riferimento normativo. Pertanto, si era fatta chiaramente strada la necessità di un preciso e specifico intervento del legislatore che "codificasse" questa ricostruzione di matrice giurisprudenziale.

L'intervento tanto atteso in materia -quello della Legge Balduzzi- evidenzia la netta spaccatura tra legislatore e giurisprudenza e alimenta, anzicchè risolvere il già complesso dibattito nel settore.

---

222 Il riferimento è alla Legge Balduzzi n.158/2012 e alla Legge Gelli-Bianco n.24/2017 che sono intervenute nel settore sanitario a distanza di breve tempo se si tiene in considerazione che la materia precedentemente non risultava disciplinata da alcun intervento normativo.

223 A.SANTORO, La responsabilità da contatto sociale, Giuffrè, 2012. Il contatto sociale è un istituto di derivazione dottrinarina (sviluppatosi in Germania, dove sembra ormai aver ricevuto - in seguito alla riforma del diritto delle obbligazioni del 2001 - una positivizzazione nel § 311 BGB [codice civile tedesco], ove il legislatore inserisce quale fonte di obblighi di protezione l'ähnliche geschäftliche Kontakte) e ormai recepito dalla giurisprudenza interna (anche se non con la stessa ampiezza delle elaborazioni dottrinali), con cui si indica un tipo di fonte dell'obbligazione, che comprende le situazioni accomunate dall'esistenza di un rapporto qualificato tra le parti, in virtù del quale sorgono per entrambe - o anche per una sola di esse - obblighi di comportamento a contenuto specifico, pur in assenza della conclusione di un contratto.

## **V-I danni risarcibili nell'attività sanitaria.**

L'attività medica, come evidenziato, è per sua natura una attività rischiosa ed incerta e che può cagionare al paziente danni più o meno rilevanti alla sua integrità psicofisica. La salute, bene giuridico per antonomasia, è fortemente tutelato dalla Carta Costituzionale ed è senz'altro il diritto che viene più di frequente leso dall'attività medica.

Per questa ragione, il nostro sistema normativo, garantisce al paziente un pieno, effettivo ed equo ristoro, nel caso di lesione della salute intesa, non solo come integrità fisica ma anche come integrità psichica del paziente.

Preliminarmente è necessario però definire il concetto di "danno".

Il nostro sistema normativo, infatti, come sottolineato anche dalla giurisprudenza<sup>224</sup>, considera il danno in una duplice accezione ovvero come "danno evento"-la lesione di un interesse giuridicamente rilevante- e "danno conseguenza" ovvero le conseguenze pregiudizievoli patite dal danneggiato. Tale distinzione comporta che, mentre il primo va imputato al danneggiante-a titolo di dolo o di colpa- il danno conseguenza è applicazione del generale principio di causalità<sup>225</sup>.

Dunque, perché possa sussistere un diritto al risarcimento del danno, non è sufficiente che l'intervento sanitario abbia leso il diritto alla salute ma è piuttosto necessario che tale lesione abbia cagionato, al danneggiato, conseguenze pregiudizievoli di natura patrimoniale e non patrimoniale. Il danno patrimoniale rappresenta una "*deminutio patrimonii*" mentre il danno non patrimoniale, ristora tutte le conseguenze pregiudizievoli che non ledano il

---

224 SS.UU. 11/11/2008 n.26972 in Massimario Corte di Cassazione;

225 C.M.BIANCA,*Diritto Civile. La responsabilità.*, Milano, 1997, vol.V, p.114 ss.

patrimonio del danneggiato e che non siano suscettibili di un apprezzamento “di mercato”.

Tale dualismo, risulta chiaramente consacrato nel nostro codice civile che disciplina, all’art.2043 c.c., il danno patrimoniale come fattispecie atipica e, all’art.2059 c.c., il danno non patrimoniale come fattispecie tipica.

A questo proposito va però sottolineato che il principio della irrisarcibilità del danno non patrimoniale, se non nei casi previsti dalla legge, è stato il vero limite dell’art. 2059 c.c.

Originariamente, infatti, l’unico danno non patrimoniale ristorabile era il danno da reato, per l’espressa previsione normativa di cui all’art. 185 c.p.; stante il principio della tipicità, infatti, non era possibile estendere in alcun modo la portata dell’art. 2059 c.c. In questo modo, però, la lesione dei valori fondamentali della persona non era tutelata adeguatamente.

L’art. 2059 c.c. infatti, consentiva di ristorare il solo “danno morale subiettivo” la “sofferenza transeunte” conseguenza del fatto criminoso e non anche la lesione dei diritti fondamentali dell’individuo<sup>226</sup>, tra cui il diritto alla salute.

Per questa ragione, la giurisprudenza degli anni ’70 infatti, al precipuo fine di ristorare le lesioni della salute, operò quella che da una certa parte della dottrina viene definita “transustanziazione<sup>227</sup>” del danno non patrimoniale in danno patrimoniale, ovvero ricondusse il danno alla salute nell’alveo del 2043 c.c. intendendolo come perdita/riduzione della capacità lavorativa. Questo approccio era frutto di una diversa concezione del diritto alla salute, che non era ancora diritto individuale e bene collettivo, ma intriso del valore di una “società dei sani” dalla quale

---

226 F.CARINGELLA, *op.cit.*

227 F.GAZZONI, *op.cit.*

andavano isolati, mediante adeguata custodia, coloro che pativano una condizione di sofferenza fisica o psichica. Pertanto, la lesione della salute non era altro che la diminuzione della capacità lavorativa del malato e, dunque, del suo reddito<sup>228</sup>.

Appare evidente che si trattava di un sistema palesemente discriminatorio in quanto restavano del tutto privi di ristoro coloro che, per età o condizioni fisiche, non svolgevano alcuna attività lavorativa. Si fece strada la concezione di “uomini senza valore” o meglio, uomini per i quali la lesione al diritto alla salute non poteva essere ristorata in quanto non svolgevano alcuna attività lavorativa<sup>229</sup>.

Determinate, in tal senso, il “caso Gennarino” figlio di un lustrascarpe il cui danno alla salute-in maniera assolutamente classista e discriminatoria-fu parametrato al lavoro del padre, massima ambizione del figlio di un manovale<sup>230</sup>. Fortunatamente però, a partire dal '75 il panorama cambia sotto la spinta della giurisprudenza e su impulso del legislatore.

Rivoluzionaria la sentenza del Tribunale di Genova del 1974<sup>231</sup> che afferma chiaramente che la lesione del diritto alla salute, indipendentemente dalle conseguenze sulla capacità lavorativa e di guadagno del soggetto leso, va risarcita in quanto danno biologico. Contestualmente a questo cambiamento giurisprudenziale, interviene la legge istitutiva del Servizio Sanitario nazionale<sup>232</sup> che definisce la salute come diritto fondamentale della persona, a tutela

---

228 BIGLIAZZI-GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporti giuridici*, Torino, 1987 p.150 ss.

229 Così Trib. Firenze 05/01/1967, in *Arch.resp.civ.*, 1969, p.130 ss che affronta la lesione della salute di una persona anziana

230 Tribunale di Milano, 18/01/1971, in *Giur.merito*, 1971, vol.I, p.210 ss.

231 Tribunale di Genova 25/05/1974 in *Giur.it.*, 1975 vol I, p.54 ss. nonché per approfondimenti G.ALPA, *Il danno biologico*, Cedam, 2003, p.148 ss.

232 Il riferimento è alla L.833/1978

del quale, lo Stato Italiano per espressa previsione Costituzionale, mette a disposizione apposite strutture.

Questo cambiamento di rotta, inaugurato dal Tribunale ligure, viene definitivamente consacrato dalla Corte Costituzionale del 1979<sup>233</sup> che afferma chiaramente che, il bene salute, trova diretto riscontro nella Carta Costituzionale, nell'art.32, non solo come interesse della collettività, ma anche come diritto fondamentale dell'individuo da ristorare necessariamente in caso di danneggiamento.

Con la storica sentenza del 1986<sup>234</sup>, inoltre, la Corte Costituzionale ribadisce la legittimità dell'art.2059 c.c. e nega che la tipicità prescritta dalla norma, possa pregiudicare il risarcimento del danno biologico che, secondo l'approccio della Consulta, andrebbe risarcito ai sensi dell'art.2043 c.c. La definitiva sistemazione dogmatica del danno è stata però elaborata con l'indispensabile contributo delle "sentenze gemelle" della Cassazione del 2003<sup>235</sup> e della interpretazione costituzionalmente orientata della Consulta<sup>236</sup>.

La giurisprudenza di legittimità, dunque, ha ritenuto non più condivisibile la tradizionale lettura restrittiva dell'art. 2059 c.c. in relazione all'art. 185 c.p., circoscritto solo al danno morale soggettivo, alla sofferenza contingente derivante dal reato. La Suprema Corte ha, infatti, osservato che, nell'ordinamento giuridico italiano, la Carta Costituzionale è al vertice e così i diritti fondamentali dell'individuo. Pertanto, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, volta a ristorare la lesione dei valori inerenti alla persona. Dunque, il danno patrimoniale, resta ancorato all'art.2043 c.c., mentre il danno non patrimoniale viene risarcito ai sensi dell'art.2059 c.c., non interpretato più, però, in maniera restrittiva ovvero come solo danno

---

233 Corte Costituzionale 26/07/1979.

234 Corte Costituzionale 14/07/1986.

235 Cassazione 31/05/2003 nn.8827 e 8828;

236 Corte Cost. 11/07/2003 n.233

da reato, ma si fa strada una interpretazione costituzionalmente orientata.

L'art.2059 c.c. ricomprende, infatti, ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesioni inerenti alla persona: dunque, sia il danno morale soggettivo, sia il danno biologico, sia il danno da lesione di interessi costituzionali inerenti la persona.

Il danno non patrimoniale, quindi, non soffre alcuna limitazione in caso di diritti costituzionalmente protetti<sup>237</sup>.

A conclusione del percorso giurisprudenziale, intervengono le SS.UU.2008, al fine di approfondire i generali presupposti e contenuti del danno non patrimoniale. Le Sezioni Unite hanno ribadito che il danno non patrimoniale è tipico e, per l'effetto, risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, ma secondo una interpretazione costituzionalmente orientata. Dunque, è possibile ricorrere al 2059 c.c. nei casi di danno da reato-non necessariamente transeunte- nei casi espressamente previsti dalla legge- come in tema di illecito trattamento dei dati personali o in caso di irragionevole durata del processo- e quando il fatto illecito abbia violato i diritti costituzionali dell'individuo, tra i quali, naturalmente, il diritto alla salute.

Quindi, l'illecito commesso dall'operatore sanitario, può cagionare due tipi di danno quello di natura patrimoniale, per la perdita della capacità reddituale e per le spese mediche sostenute dal paziente danneggiato e quello non patrimoniale. All'interno della categoria dei danni non patrimoniali da illecito sanitario possono trovare riscontro diverse tipologie che, lungi dall'essere autonome categorie di danno, sono però, come sottolineato dalle SS.UU.2008, delle "qualificazioni" ovvero delle sottocategorie del danno non patrimoniale.

---

237E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino,1996.

In primis, è sicuramente risarcibile, come anticipato, il danno biologico che è il vero e proprio danno alla salute, quindi la menomazione dell'integrità psico-fisica del paziente, dovuto al peggioramento delle complessive condizioni di salute dello stesso, a seguito del trattamento sanitario. Secondo la dottrina<sup>238</sup>, inoltre, una componente del danno biologico è anche il danno estetico ovvero la lesione dell'aspetto esteriore del paziente conseguente al trattamento sanitario. Pertanto, qualora l'intervento sanitario abbia alterato o deturpato l'aspetto del paziente, pregiudicandolo anche nella sua vita di relazione, il giudice deve tenerne conto in sede di liquidazione.

Altra ipotesi di danno non patrimoniale risarcibile a seguito del trattamento sanitario è il danno da lesione del rapporto parentale. Qualora l'intervento medico, abbia cagionato un danno alla salute del paziente ma anche propagato le sue conseguenze lesive all'interno del nucleo familiare, ad esempio in quanto i familiari, dopo l'intervento siano tenuti ad una assidua assistenza al paziente danneggiato, questi pregiudizi, devono necessariamente essere ristorati.

Ma è sicuramente il danno da perdita di chance, l'ipotesi che trova maggior riscontro nell'ambito sanitario, trattandosi di una materia, quella medica, dai profili incerti. Tale categoria consente al danneggiato di ottenere il risarcimento per la perdita di una mera possibilità di conseguire un risultato utile, di essere ristorato anche nel caso in cui vi sia stata la compromissione di una mera opportunità di vantaggio. In queste ipotesi, non viene in rilievo l'attribuzione, all'errore medico, della qualifica di concausa della morte o delle lesioni subite dal paziente, secondo il modello della causalità ordinaria, bensì è imputato, all'operatore sanitario, l'aver privato il paziente di rilevanti possibilità di sopravvivenza, ovvero di

---

238 P.ROCCHI-B.VERGARI,*Il danno estetico*,Giuffrè Editore, passim.

un possibile rallentamento nel decorso della malattia<sup>239</sup>. Ulteriore ipotesi di danno, ricostruita dalla giurisprudenza di merito, sebbene tuttora fortemente dibattuto, è quella da trattamento sanitario illegittimo. Laddove un paziente, si trovi sottoposto ad un trattamento sanitario senza consenso ed autorizzazione, l'intervento -per quanto terapeutico- è assolutamente illegittimo in quanto lesivo della libertà di autodeterminazione del singolo. L'art.32 Cost., infatti, ammette trattamenti sanitari obbligatori solo nei casi previsti dalla legge, in ogni altra ipotesi, un trattamento senza autorizzazione del paziente, è illegittimo e, per l'effetto, sono risarcibili i danni cagionati al malato. Nel caso di specie, inoltre, il paziente era peraltro stato sottoposto ad una terapia che limitava anche la sua libertà personale e, per tale ragione, il danno risarcibile è stato paramentrato a quello previsto per l'ingiusta detenzione<sup>240</sup>.

Ulteriore frontiera dei danni risarcibili in caso di trattamenti sanitari è quella da cure palliative o anche "danno da sofferenza". Per cure palliative, ai sensi dell'art.2 l.38/2010 si intendono gli interventi terapeutici e diagnostici, di natura assistenziale, rivolti alla persona malata che non risponde più a specifici trattamenti. Le cure palliative vanno però distinte dalla terapia del dolore, con tale dizione si identificano gli interventi diagnostici e terapeutici volti ad individuare ed applicare, alle forme morbose croniche, terapie farmacologiche, chirurgiche e strumentali, volte al controllo e

---

239 C.VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica:una questione ancora da definire*, in *Danno e Resp.*,2013,vol.VI,p.581 ss.

240 Il caso di specie è stato affrontato dal Tribunale di Venezia: il paziente era alcolista affetto da disturbo bipolare, questi veniva raggiunto da una ordinanza di trattamento sanitario obbligatorio firmata dal sindaco, allarmato dai familiari dell'uomo che minacciava di compiere una strage. Dopo dodici giorni di degenza forzata, il paziente decideva di prolungare volontariamente il ricovero accettando diagnosi e cure. L'art.2 della L.180/1978 prescrive che il TSO richiede comunque che i soggetti, affetti da malattia mentale, prestino il proprio consenso al trattamento sanitario. Il TSO, infatti, non è una misura di prevenzione o di sicurezza e, per l'effetto, non può limitare la libertà personale del singolo in Tribunale di Venezia 19/12/2005 in *Persona e danno*, 2005, p.55 ss.



soppressione del dolore. Novità dirompente, in tale materia, è l'art.7 della L.38/2010 che impone al medico di riportare nella cartella clinica la rivelazione del dolore, pertanto, in caso di mancata rilevazione, l'operatore sanitario sarà responsabile di tale inadempienza ma anche della mancata somministrazione di cure palliative. Viene dunque codificata l'ipotesi del danno non patrimoniale da sofferenza o da mancato intervento palliativo del medico. Il paziente, quindi potrà chiedere di essere ristorato perché ha dovuto, ingiustamente, sopportare il dolore a cui il medico poteva porre un argine attraverso cure palliative e terapia del dolore.

In conclusione, emerge chiaramente che, l'evoluzione dell'interpretazione dell'art. 2059 c.c. ormai indissolubilmente legato al dettato della Carta Costituzionale, ha generato, soprattutto in materia sanitaria, una particolare attenzione alla tutela della salute del paziente. I danni non patrimoniali che possono essere risarciti al malato, infatti, lambiscono ipotesi prima assolutamente impensabili, come il danno da sofferenza, che trovano espresso riconoscimento normativo proprio grazie al ruolo centrale dei diritti fondamentali dell'individuo e, tra tutti, del diritto alla salute.

### **CAPITOLO III**

**L'intervento normativo in materia di responsabilità civile del medico: La legge Balduzzi e la Legge Gelli-Bianco**

## **I. Il primo intervento normativo: la Legge Balduzzi**

La materia della responsabilità dell'operatore sanitario, come evidenziato, è stata da sempre, al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinario in quanto l'incertezza e le lacune normative in un settore tanto delicato, hanno contribuito - come precedentemente evidenziato- ad alimentare il grave problema della medicina difensiva e, proprio per questa ragione, si attendeva da tempo nel settore, uno specifico intervento normativo chiarificatore.

Con la L.189/2012, finalmente il legislatore si è fatto carico, in concreto, del problema del crescente e preoccupante contenzioso giudiziario relativo alla responsabilità medica con soluzioni, certamente opinabili, ma comunque concrete e specifiche.

Nella materia, infatti, l'intervento della giurisprudenza era sempre più orientato alla tutela del paziente danneggiato e, tale approccio, aveva come conseguenza la reazione difensiva della classe medica che poteva concretizzarsi- invero assai spesso- in scelte motivate non esclusivamente nell'interesse del paziente, in passato ritenuto invece valore assoluto e incondizionato (basti riportare come paradigma il testo dell' articolo 3 nei vari codici deontologici che si sono succeduti nel tempo che mette sempre al centro la cura del paziente)<sup>241</sup>.

Pertanto, erano piuttosto diffuse come precedentemente sottolineato, condotte del medico in alcuni casi, tendenzialmente omissive, soprattutto per situazioni molto a rischio e, presumibilmente, compromettenti ( ipotesi di medicina difensiva negativa), altre volte le condotte degli operatori sanitari si concretizzavano nella prescrizione di trattamenti non necessari (se non in funzione di una paventata linea difensiva) ma comportanti dei costi per il servizio sanitario nazionale (medicina difensiva positiva), con conseguenti

---

241 A. FIORI, *La medicina difensiva*, in *Riv. It. Med. Leg.* 1996, p.899.

ricadute sulla tenuta economica del sistema e sulla garanzia assicurativa di quella che è, indubbiamente, l'attività professionale più a rischio in assoluto ma, del pari, quella che opera sul bene giuridico per antonomasia: la salute dei cittadini.

Per comprendere a pieno la portata innovativa della L.189/2012 è necessario principiare dal primo criterio ermeneutico ovvero "l'intenzione del legislatore", oltre che ricorrere alla interpretazione letterale delle norme (articolo 12 preleggi).

L'intenzione del legislatore, come sottolineato dalla dottrina che si occupa di ermeneutica, deve essere colta come *ratio legis oggettiva*, dunque, come senso normativo immanente al testo, sulla base di giudizi di ragionevolezza formulati con i metodi più diversi, per i quali la volontà politica originaria non è che uno degli elementi degni di considerazione<sup>242</sup> e che non può mai prescindere dal dato letterale, garanzia di certezza normativa.

Per questa ragione è indispensabile, in primo luogo analizzare l'intervento originario del D.l. 13 settembre 2012 n. 158 che prevedeva in maniera chiara che: *"Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale"*.

Tale disposto normativo, prevedeva un approccio inequivocabile del legislatore in materia di responsabilità civile del medico, ma deve necessariamente essere evidenziato che, l'originario testo, venne modificato in sede di conversione al fine di effettuare un intervento

---

242 G. ALPA, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in Quaderni regionali, 2006, p.325 e s.

nel settore sanitario che spaziassero non solo in materia civile, ma anche in sede penale.

È evidente, come sottolineato da una certa parte della dottrina, che la scelta originaria del legislatore era esclusivamente quella di intervenire sul profilo civilistico dell'attività dell'operatore sanitario, non a caso, la norma richiamata nel primo testo, era proprio l'art.2236 c.c. disposizione che, per antonomasia in passato, durante la fase del "paternalismo medico", aveva trovato diffusa applicazione in giurisprudenza per l'operatore sanitario.

In sede di conversione, invece, si intese estendere la portata dell'intervento di riforma e l'articolo 3 assunse il seguente contenuto: *"L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo"*.

Quindi appare palese che, l'intento iniziale era circoscritto ad estendere l'ambito della delimitazione della norma civilistica della responsabilità per colpa lieve "all'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale", nella legge di conversione, invece, il legislatore, per un più efficace contrasto alla medicina difensiva, ha cercato di ampliare, l'ambito dell'intervento normativo fino a ricomprendervi anche la responsabilità penale.

La norma, ha presentato, da subito grosse criticità.

Un primo indirizzo interpretativo ha sottolineato che da parte del legislatore, almeno nelle ipotesi in cui l'operato del medico

dipendente o collaboratore della struttura sanitaria non si fondi sull'accordo contrattuale diretto, c'è una precisa scelta ovvero un ritorno alla fase anteriore alla storica sentenza della Corte di Cassazione 589/1999 che aveva teorizzato il contatto sociale e, dunque, alla teoria della responsabilità aquiliana per l'operatore sanitario.

Tale approccio ermeneutico, trovava espresso riscontro anche nella *ratio legis*, ovvero la volontà di intervenire contro il dilagante fenomeno della medicina difensiva, reso evidente dall'aumento esponenziale del contenzioso in materia di *malpractice* medica. Secondo questa ricostruzione, inoltre, il legislatore, nella legge Balduzzi, aveva introdotto nella prima parte, una esimente speciale della responsabilità medica, circoscrivendola ai soli casi di dolo o colpa grave, mentre nella seconda parte, anche in assenza di una responsabilità penale del sanitario -proprio a causa della particolare esimente- si sarebbe introdotta una tutela risarcitoria laddove la condotta medica fosse connotata da colpa lieve. Questa scelta, infatti, implicherebbe l'alleggerimento della posizione processuale del medico e, corrispondentemente, un onere probatorio più gravoso per il paziente ed un termine prescrizione più breve per la relativa azione risarcitoria.

Dunque, secondo questa ricostruzione, il legislatore avrebbe inteso fornire una precisa indicazione precettiva nel senso che, al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, il criterio attributivo della responsabilità civile del medico, andava individuato nella responsabilità per fatto illecito. La consapevolezza, in capo al legislatore, della portata del richiamo all'art. 2043 c.c., secondo questo approccio, sarebbe confermata dalla modifica del testo in sede di conversione. L'originario richiamo all'art. 2236 c.c. e 1176 c.c., norme entrambe collocate nel codice nella parte dedicata alle obbligazioni, espunto dal testo definitivo,

sarebbe una scelta esegetica inequivocabile. Il legislatore, avrebbe inteso disconoscere la giurisprudenza in materia di contatto sociale<sup>243</sup> e, al fine di garantire certezza in materia sanitaria e di contrastare la medicina difensiva, ricondurre la responsabilità medica nell'alveo dell'art. 2043 c.c.

Tale opzione ermeneutica, è stata avallata dalla I Sezione civile del Tribunale di Milano con diverse pronunce<sup>244</sup> che hanno sottolineato la precisa scelta del legislatore, alla quale è tenuto a sottostare l'interprete che, per espressa previsione Costituzionale, è sottoposto solo alla legge.

Dunque, l'espresso dettato normativo aveva ragionevolmente indotto a dubitare della possibilità di continuare ad applicare la teoria del contatto sociale e, di conseguenza i crismi della responsabilità contrattuale al professionista sanitario. Ma, poiché il richiamo al 2043 c.c. era limitato all'individuazione di un obbligo risarcitorio, altro orientamento esegetico ha sostenuto invece che la legge non avesse inciso sulla natura della responsabilità medica.

Secondo questa ricostruzione, il legislatore, con il mero richiamo all'art. 2043 c.c. non avrebbe in realtà voluto disconoscere il diritto vivente ma, semplicemente, riconoscere il diritto al risarcimento del danno anche in caso di assenza di responsabilità penale del medico. La novella, quindi, non avrebbe imposto la qualificazione della responsabilità sanitaria esclusivamente in termini di responsabilità aquiliana e, a sostegno di siffatta opzione ermeneutica, sono stati addotti vari argomenti<sup>245</sup>.

---

243 M. FORZIATI, *La responsabilità del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione*, Resp. Civ. Prev. 1999, p.661 nonché F.DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, Foro It. 1999, I, 3333.

244 Tribunale di Milano 9693/2014 e 7856/2014 senza trascurare in tal senso, anche altri arresti della giurisprudenza di merito quali ad es. Tribunale di Torino 26.02.2013, Tribunale di Varese 26.11.13 n.1406

245 F.CEMBRANI, *La legge Balduzzi e le pericolose derive di un drafting normativo che (forse) cambia l'abito alla responsabilità giuridica del professionista*

In primo luogo, se fosse vero che l'art.2043 c.c. impone l'adozione di un modello extracontrattuale si dovrebbe, applicando rigorosamente il disposto normativo, pervenire alla inaccettabile conseguenza di qualificare la responsabilità medica come extracontrattuale anche nelle ipotesi pacificamente contrattuali dal momento che, l'art. 3 della Legge Balduzzi, considera tutte le possibili ipotesi di condotte sanitarie idonee ad integrare reato (che possono verificarsi sia nell'ambito del rapporto contrattuale, quale quello tra paziente e medico libero professionista, che in un rapporto da contatto sociale, quale quello che si instaura tra medico che opera nella struttura ospedaliera e paziente).

Pertanto, a seguito di una interpretazione logico-letterale, non sarebbe possibile limitare il richiamo dell'art.2043 c.c. solo ad alcuni casi, quali quelli da "contatto sociale" ma la natura aquiliana della responsabilità dovrebbe essere postulata in tutte le ipotesi.

Altra criticità, evidenziata da una certa parte della dottrina, è che l'art.3 della L.189/2012 nella sua interpretazione letterale, non risulta coerente con il tenore testuale della norma che limita il richiamo all'art.2043 c.c. ai soli casi di colpa lieve, per l'esercente la professione medica, che si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. L'ossequio alla lettera della novella dovrebbe, invece, comportare anche una adeguata valorizzazione dell'incipit dell'inciso immediatamente successivo alla proposizione, che esclude la responsabilità penale del sanitario in detti casi, per effetto del quale, deve ritenersi che esso si riferisca solo a tali casi - quelli di colpa lieve del sanitario che abbia seguito i protocolli e le buone pratiche- risultando però evidente la disarmonia logico-giuridica in quanto, la natura della responsabilità medica, varierebbe a seconda che si configuri come responsabilità dolosa, per colpa grave o per colpa lieve.

---

*della salute*, in Riv. It. Med. Leg. 2013,p. 799.



Questo orientamento osserva inoltre che, qualora il legislatore avesse voluto distanziarsi dal diritto vivente, che attraverso l'espedito del contatto sociale ricostruisce la responsabilità medica come contrattuale, lo avrebbe fatto con una presa di posizione chiara ed inequivocabile e non già con un richiamo generico all'art.2043 c.c.

La scelta di richiamare il 2043 c.c. non è una presa di posizione del legislatore sulla natura della responsabilità civile del medico, quanto piuttosto la precisazione che, al fine di arginare il gravoso fenomeno della medicina difensiva, la responsabilità medica deve spostarsi dalla materia penale a quella civilistica, per l'effetto, anche laddove non sussista un reato-stante la colpa lieve dell'operatore sanitario- non può essere escluso il diritto al ristoro del paziente danneggiato.

Quindi, il richiamo al 2043 c.c., secondo questo approccio, è semplicemente volto ad assicurare al paziente danneggiato un ristoro, un risarcimento del danno anche nel caso in cui, in sede penale, operi l'esimente. Va considerato inoltre che, per quanto il 2043 c.c. rappresenti la norma cardine della responsabilità risarcitoria da fatto illecito, la concreta disciplina della responsabilità aquiliana è contenuta altrove (negli articoli 2697 e 2947 c.c. per la distribuzione dell'onere della prova e nel 2055 c.c. in ordine alla solidarietà passiva e alle modalità risarcitorie).

Non può dunque affermarsi che richiamare un obbligo equivalga a richiamare una intera disciplina.

Infine, se è vero che l'opzione interpretativa che esclude l'applicabilità della disciplina della responsabilità contrattuale all'attività dell'esercente la professione sanitaria in ambito ospedaliero pare coerente con l'intento del legislatore di contenere la spesa pubblica e di arginare il dilagante fenomeno della medicina difensiva-che su detta spesa incide- è del pari innegabile che, quella

stessa soluzione esegetica genererebbe, per l'operatore sanitario, l'inapplicabilità del limite di cui all'art.2236 c.c. e, per l'effetto, incentiverebbe quell'atteggiamento "difensivo" frustrando la dichiarata *ratio legis*.

Dunque, l'art. 3 della Legge Balduzzi, secondo questo approccio, avallato anche dalla giurisprudenza, non ha inteso operare una presa di posizione sulla natura della responsabilità civile del medico, quanto piuttosto esclusivamente far salvo il risarcimento del danno anche in caso di esimente penale, lasciando l'interprete libero di individuare il modello risarcitorio di riferimento.

In tal senso ha opinato, infatti, anche la Suprema Corte che, nel primo arresto successivo all'entrata in vigore della Legge Balduzzi<sup>246</sup> ha chiaramente affermato che *"la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate"*. Successivamente, con l'ordinanza n.8940/2014 la stessa Corte di legittimità, in modo ancor più chiaro ha affermato che *"il legislatore si è solo preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica"*.

In conclusione è possibile sostenere, che la legge Balduzzi, pur intervenendo in un settore sensibile ed assai delicato in maniera troppo sobria e sintetica, ha inteso contenere le conseguenze negative della medicina difensiva e dei costi del Servizio Sanitario Nazionale e, almeno sotto questo aspetto, l'intervento legislativo va salutato con favore.

Il richiamo generico all'art.2043 c.c., invece, evidenzia il limite dell'intervento normativo, in quanto, la mancanza di una presa di posizione netta sulla natura della responsabilità civile del medico

---

<sup>246</sup> Corte di Cassazione sezione III, n.4040/2013;

non ha fatto altro che alimentare il dibattito e le incertezze. Da un lato, la giurisprudenza conservatrice che ha fermamente sostenuto che il diritto vivente sulla teoria del contatto sociale non può essere cancellato con un colpo di spugna da un richiamo assolutamente generico ad una disposizione normativa, dall'altro lato, l'approccio più avanguardista ha invece sottolineato fermamente che, nel richiamo al 2043 c.c. c'è una precisa scelta legislativa di rottura con la teoria del contatto sociale.

Sicuramente è possibile affermare che l'intervento normativo appare rivolto a ben due categorie di professionisti: ai giudici che ai medici.

L'intervento legislativo ha da un lato auspicato una interpretazione più rigoristica mettendo in crisi il diritto vivente (si allude alla responsabilità contrattuale generalizzata e al contatto sociale) e, conseguentemente, ha inteso, limitando la responsabilità penale del medico, ridare fiducia a chi tratta una materia così delicata ma anche così, inevitabilmente rischiosa come la salute delle persone. Dunque, si può senza dubbio sostenere che si è avviato nel 2012 un percorso positivo, di codificazione, in questo settore tanto delicato e che il legislatore ha mandato un primo inequivocabile segnale, anche alla giurisprudenza, sollecitando un alleggerimento del regime della responsabilità medica invertendo l'approccio giurisprudenziale degli ultimi decenni.

## II. Il nuovo intervento normativo: la legge Gelli-Bianco.

La natura magmatica del dibattito in materia di responsabilità civile del medico è evidente soprattutto se si pone attenzione al succedersi di ben due interventi normativi in un arco temporale assai ristretto. Infatti, dopo decenni di *vacatio legis* in materia sanitaria, sono intervenute dapprima L. Balduzzi nel 2012 e, dopo nemmeno quattro anni, la L.Gelli-Bianco.

Il dichiarato intento della L.24/2017, infatti, era quello di colmare le lacune ancora presenti dopo la legge Balduzzi e, soprattutto specificarne, chiarirne o comunque in qualche modo avallare la proposta normativa del 2012, principalmente, secondo alcuni osservatori, sotto il profilo della natura della responsabilità civile del medico. È innegabile, infatti che la L.2017 si colloca in continuità con la proposta del legislatore del 2012 e anzi, prende posizione in maniera inequivocabile su alcuni aspetti solo timidamente affrontati nel 2012.

Diverse sono state le ragioni- in parte comuni a quelle della L. Balduzzi- sottese all'intervento del 2017, tra queste sicuramente preponderante è la indiscutibile necessità di ridurre la spesa pubblica in materia sanitaria e combattere il fenomeno, consequenzialmente legato, della medicina difensiva.

Come osservato, negli ultimi 30 anni, a seguito di una modificazione sostanziale del rapporto tra medico e paziente<sup>247</sup> si è, infatti, verificato un incremento vertiginoso del contenzioso legato alla responsabilità sanitaria, contenzioso che vede coinvolto il paziente, la struttura sanitaria, l'operatore sanitario nonché le compagnie

---

247 Si osserva infatti, come approfondito nel Cap. I, che il passaggio dal "paternalismo medico" all'antagonismo sanitario e dunque la modifica della relazione tra medico-paziente e familiari, è stata una delle cause del gravoso fenomeno della medicina difensiva.

assicurative, chiamate in causa in manleva dall'azienda e dal medico e, non di rado, le coassicuratrici.

Intuibile è il gravoso effetto in termini di costi di gestione della lite, di premi assicurativi e, non ultimo, crescita delle spese di giustizia.

Ma si può senza dubbio affermare che, è stata soprattutto la medicina difensiva, a generare un sensibile incremento della spesa pubblica in materia sanitaria; come infatti posto in evidenza, l'operatore professionale oggi giorno tende, al fine di preservarsi da eventuali azioni di responsabilità, spesso a prescrivere esami diagnostici non necessari, misure terapeutiche ultronee o farmaci in eccesso. Questi sono solo alcuni dei punti critici di un atteggiamento difensivo dell'operatore sanitario ma, senza dubbio, non può nemmeno essere trascurato il fatto che, uno degli immediati effetti della medicina difensiva è proprio un aumento della spesa sanitaria che, negli ultimi 10 anni, ha inciso sul costo totale della spesa pubblica in maniera significativa, con un totale annuo dell'11,8 per cento dell'intera spesa, circa lo 0,75 per cento del Pil e un costo di circa 10 miliardi di euro annui<sup>248</sup>.

Questo gravoso fenomeno, dunque, ha rischiato e rischia tuttora di congestionare l'intero sistema sanitario; infatti, a causa delle molteplici richieste di assistenza, della moltiplicazione di esami diagnostici prima di sottoporsi a qualunque intervento e, talvolta, anche per somministrare una certa terapia, ha generato, come inevitabile conseguenza, l'allungamento di mesi, qualche volta persino di anni, delle cosiddette liste d'attesa, spingendo spesso gli assistiti a rivolgersi al sistema sanitario privato puro o al sistema sanitario privato accreditato.

Con la finalità di combattere questo fenomeno, a vantaggio non solo del contenimento della spesa sanitaria ma, soprattutto, a vantaggio

<sup>248</sup> In tal senso la Commissione parlamentare d'inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali in [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it)

di cure più appropriate, anche attraverso l'insieme delle attività volte alla prevenzione e alla gestione del rischio clinico, nonché al fine di garantire un recupero del clima di fiducia e serenità nel rapporto tra assistito e operatore sanitario, è intervenuta la Legge 8 marzo 2017 n. 24 (Legge Gelli) recante le "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie".

La legge Gelli, proprio in virtù delle ragioni suddescritte, è intervenuta non solo sugli istituti sostanziali, ma anche in materia processuale prevedendo degli specifici strumenti deflattivi del contenzioso, al fine di decongestionare l'attività giudiziaria, ricercando -ove possibile- una pacificazione extraprocessuale tra il paziente ed il medico.

Sotto questo profilo, quindi, l'intervento normativo del 2017 è stato salutato con favore in quanto ha previsto dei meccanismi precisi per evitare che le parti in lite, ricorrano direttamente all'organo giurisdicante. Infatti, per espressa previsione normativa, prima di instaurare un giudizio in materia sanitaria è necessario (è quindi condizione di procedibilità) <sup>249</sup>espletare un tentativo di conciliazione (si veda l'art. 8, Legge Gelli-Bianco), fatta comunque salva la possibilità di esperire il procedimento di mediazione<sup>250</sup>.

---

249 Sulla legittimità costituzionale di tali condizioni di procedibilità, qualora si ritenne l'esistenza di un contrasto con l'art. 24 cost., si vedano Corte cost. sentenze nn. 214/1974; 568/1989; 276/2000; 29/2001 e, per ulteriori riferimenti B. CAPPONI, A. STORTO, *Commento agli artt. 24, 25 e 111 cost.*, in Codice di procedura civile commentato, diretto da C. Consolo, Ipsoa, Milano, 2013, p. 13 e ss.

250 È curioso segnalare che l'alternativa della mediazione è stata inserita alla fine del processo legislativo di riforma. Si potrebbe credere che il legislatore, come sostenuto da alcuni, abbia inserito la previsione della mediazione a seguito di pressioni da parte degli organismi di mediazione o, sostenere che questo istituto sia più utile anche in altri casi che non richiedono l'espletamento di un ATP con intervento del consulente tecnico. Questo tentativo di conciliazione avviene, dunque, tramite uno strumento già previsto dall'art. 696 bis c.p.c. (ma questo potrebbe portare ad ammettere tanti ricorsi ex art. 696 bis che una certa parte della giurisprudenza di merito ritiene invece inammissibile. In tal senso A. Arseni, *ATP a fini conciliativi ex art.696 Bis c.p.c.: ammissibilità ed efficacia probatoria* (Trib. Napoli 5.12.16 ed altre), [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

Diversamente sono state invece accolte le prese di posizione del Legislatore del 2017 su istituti di diritto sostanziale, tra cui, in particolare, la natura della responsabilità dell'operatore sanitario; sotto questo profilo, infatti, la Legge Gelli ha inteso chiarire alcuni punti, accennati e non sviluppati, dalla L. Balduzzi sui quali, proprio per la poca chiarezza del legislatore del 2012, si era rianimato il dibattito , in particolare, in armonia con la Legge Balduzzi, il legislatore del 2017 ha qualificato chiaramente ed in maniera inequivoca, la responsabilità del medico come una responsabilità di natura aquiliana ex art.2043 c.c.

Uno degli scopi dichiarati espressamente dell'intervento normativo del 2017, è quello di puntualizzare -o meglio esplicitare- alcune novità della Legge Balduzzi al fine di evitare che, incrementando il contenzioso contro l'operatore sanitario, si giunga a penalizzare la cura del paziente e, per l'effetto, frustrare il diritto alla salute<sup>251</sup>.

Quindi, l'intervento normativo del 2017, ha inteso prendere posizione, in maniera stabile ed espressa, su una questione che ha animato per decenni il dibattito civilistico in materia di responsabilità professionale dell'operatore sanitario. Infatti, sul punto, va osservato -per espressa ammissione del promotore dell'intervento normativo- che pur potendo inserire la riforma normativa nella legge di stabilità, il legislatore ha inteso seguire l'iter normativo ordinario per garantire piena legittimazione alla L.Gelli<sup>252</sup> e porla al riparo da qualunque tipo di attacco contrario, quantomeno sull'iter formativo.

---

251 Tale obiettivo è stato chiaramente dichiarato dall'On. GELLI al convegno *"Il futuro della responsabilità medica"*, Pisa, CNR, 01.04.16.

252 Si è espresso in tal senso l'On. Gelli che ha sottolineato come, tra gli obiettivi del Governo ci fosse un intervento risoluto e chiarificatore in materia sanitaria. Al fine di garantire certezza, in un settore tanto complesso e delicato ma allo stesso tempo intervenire tempestivamente, il legislatore aveva proposto l'approvazione della L.Gelli in maniera contestuale alla Legge di stabilità. Ma lo stesso On.Gelli, si era opposto a tale soluzione auspicando, stante la sensibilità della materia, un intervento ordinario che garantisse una piena legittimazione in tal senso l'On. GELLI nel convegno *"Il futuro della responsabilità medica"*, Pisa, CNR, 01.04.16.

In conclusione, l'intervento normativo del 2017, lungi dall'essere un salvacondotto per le ipotesi di malasana, ha inteso arginare diversi fenomeni patologici nel settore sanitario: i tempi troppo lunghi del contenzioso, la piaga della medicina difensiva e i costi troppo elevati delle assicurazioni con il conseguente rischio di abbandono del mercato sanitario. I punti cardine della legge, almeno nell'idea del suo promotore, sono infatti la prevenzione di ipotesi di *malpractice*, la riforma del sistema sanitario e la creazione di uffici di Rischio Clinico<sup>253</sup>.

Quindi, come sottolineato da autorevole dottrina<sup>254</sup>, la L.Gelli-Bianco non deve essere considerata in maniera frammentaria, aspetto per aspetto, ma in modo unitario. Solo attraverso una valutazione complessa, infatti, è possibile coglierne modernità ed efficienza.

Va infatti quantomeno evidenziato che, soprattutto in materia di responsabilità civile del medico, la L.2017 assume una posizione netta qualificandola come una responsabilità di natura extracontrattuale.

La scelta, infatti, è quella di creare un sistema binario: da un lato la responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera, dall'altro quella aquiliana dell'operatore sanitario. Questo approccio, secondo autorevole dottrina, non è un ritorno al passato in quanto le novità sono notevoli e dirompenti e funzionalizzate a contrastare la medicina difensiva.

Tra le principali novità va sottolineato che il comportamento del professionista deve ormai essere valutato alla luce delle Linee Guida e quindi, almeno sotto questo aspetto si cerca di contingentare la

---

253 In tal senso dall'On. GELLI nel convegno *"Il futuro della responsabilità medica"*, Pisa, CNR, 01.04.16.

254 G. ALPA, *Dal medico alla équipe, alla struttura, al sistema*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.14.



discrezionalità giudiziari; la responsabilità della struttura sanitaria deve essere valutata alla luce delle dinamiche volte alla prevenzione e della corretta/scorretta gestione del rischio; dall'altro lato, il paziente-danneggiato è onerato della prova della colpa e al fine di decongestionare i procedimenti giudiziari, sono stati introdotti strumenti deflattivi e di composizione della lite tra cui mediazione e l'accertamento tecnico preventivo.

Dunque, questi aspetti sono sicuramente evidenti ed innegabili novità inserite nel settore. È evidente che si fa strada l'idea che il diritto del malato è prima di tutto quello alla sicurezza delle cure e che il diritto alla sicurezza della cura è parte integrante del diritto alla salute. Non a caso, nel progetto di legge approvato dalla Camera si è espressamente parlato di sicurezza delle cure come insieme di attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso alla erogazione delle prestazioni sanitarie e all'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche ed organizzative. Quindi, solo una valutazione unitaria della L.2017 ci consente di coglierne i pregi.

Le novità - senza dubbio opinabili e discutibili- sono sicuramente quantomeno orientate a garantire certezza nel settore sanitario, mettendo al riparo il medico dal rischio processuale, e a combattere fermamente la piaga della medicina difensiva.

Pertanto, si può in conclusione affermare che la legge Gelli è, senza dubbio, un intervento dirompente nel settore sanitario di cui si possono indagare le luci ed ombre, ma non si può negare il deciso apporto innovativo.

### III. Il ruolo delle linee guida.

Il ruolo centrale attribuito alle linee guida è, senza dubbio, tra le rilevanti novità emerse dalla L. 8 marzo 2017 n. 24.

L'art. 7 del predetto intervento normativo, infatti, recita *“Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge”*.

Appare evidente che la novità normativa, quantomeno sul piano risarcitorio, ricalca la L. Balduzzi ma, importanti innovazioni, risultano introdotte con riguardo all'individuazione del comportamento rilevante ai fini del riconoscimento della “responsabilità affievolita”.

Lo standard comportamentale, a cui deve ispirarsi l'attività dell'operatore sanitario è complesso ed articolato, infatti, l'art. 5 della L. Gelli impone agli esercenti le professioni sanitarie un comportamento che si attenga, *“salve le specificità del caso concreto”*, alle raccomandazioni previste dalle linee guida ed in mancanza, alle buone pratiche clinico - assistenziali. Ma il ruolo determinante attribuito alle linee guida emerge, in maniera ancor più chiara, dall'art. 590 sexies c.p. - introdotto proprio dalla L. Gelli - che esclude la punibilità, in sede penale, nel caso in cui l'evento si sia verificato a causa di imperizia, laddove però il medico abbia rispettato le linee guida; pertanto, attraverso il disposto normativo, secondo una certa parte della dottrina<sup>255</sup>, si è inteso creare una nuova

---

255 E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relative assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p. 59.

scriminate operante, peraltro, solo in materia sanitaria<sup>256</sup>. Ma, come osservato da autorevole dottrina, le linee guida assolvono un ruolo decisivo anche in materia civile in quanto il legislatore ha inteso introdurre un criterio di moderazione del risarcimento del danno, fondato sull'osservanza delle stesse<sup>257</sup>.

Preliminarmente occorre comprendere cosa sono le linee guida ed in cosa si differenziano invece dalle buone pratiche.

La definizione più nota di Linee Guida è quella formulata dall'Institute of Medicine nel 1992 che le definisce come *“raccomandazioni sviluppate in modo sistematico per assistere medici e pazienti nelle decisioni sulla gestione appropriata di specifiche condizioni cliniche”*<sup>258</sup>.

Il termine linea guida è spesso usato in modo impreciso e talvolta in maniera equipollente con altre figure quali il protocollo, lo standard, la procedura e il percorso diagnostico terapeutico. Ma è assolutamente essenziale operare una netta distinzione tra questi istituti e, nello specifico distinguere le linee guida dal protocollo, che è, sicuramente, l'ipotesi più affine.

In modo sintetico si può definire il “protocollo” come uno schema comportamentale predefinito nell'attività clinico diagnostica, che descrive una rigida sequenza di attività terapeutiche e di attività che non devono essere effettuate dall'operatore sanitario, ipotesi paradigmatica è quella dei protocolli adoperati, nel caso della sperimentazione di farmaci o nel campo della ricerca. Quindi, si può

<sup>256</sup> Sulla natura del 590 sexies a ben vedere la dottrina penalistica e la giurisprudenza hanno seguito una ricostruzione diversa ovvero, non si tratta a ben vedere di una scriminate che rende il fatto non antiggiuridico quanto piuttosto di una causa di non punibilità in senso stretto, innegabile è infatti, che il legislatore abbia creato, adoperando la discrezionalità che contraddistingue la propria funzione una nuova causa di non punibilità operante solo al ricorrere dei presupposti di cui all'art.590 sexies in tal senso Cass. Sez. IV, 7 giugno 2017, n.28187 in Massimario Corte di Cassazione.

<sup>257</sup> E.QUADRI,*op.cit.*

<sup>258</sup> Institute of Medicine. Guidelines for clinical practice: From Development to Use. Washington DC; National Academic Press, 1992.

qualificare protocollo un documento dove si formalizza la sequenza delle azioni volte a conseguire l'obiettivo dato.

Solitamente si suole far ricorso al termine "protocolli standard" per riferirsi ai valori espressi da un indicatore con cui si definisce la frequenza di attività o di servizi resi ovvero le *performances* dell'intervento, individuato con l'utilizzo di una scala come misura di riferimento. Questo termine ha un significato normativo associato ad un giudizio esplicito di qualità dell'assistenza. Pertanto, il protocollo va tenuto nettamente distinto dalle linee guida che, come è noto, sono invece un insieme eterogeneo di regole che guardano anche al caso concreto.

Le linee guida si caratterizzano innanzitutto per il processo sistematico di elaborazione. Questo è l'elemento che le contraddistingue rispetto ai protocolli, strumenti caratterizzati da maggiore rigidità, finalizzati alle azioni ritenute ottimali e quasi obbligate. Una linea guida, invece, deve sostanzialmente assistere l'operatore sanitario al momento della decisione clinica ed essere di ausilio alla pratica professionale come risultato di un preciso percorso sistematico di analisi dei processi clinici orientato alla definizione della "*best practice*"<sup>259</sup>. Diverse le ragioni del grande successo, in materia sanitaria, delle linee guida.

In primo luogo, queste hanno una funzione di educazione, formazione ed aggiornamento in quanto rappresentano una sintesi critica delle informazioni scientifiche disponibili sulla efficacia di uno specifico intervento sanitario. Il secondo luogo, queste tentano di creare le condizioni per rendere possibile il monitoraggio della pratica clinica individuando i comportamenti clinici più appropriati, il loro utilizzo ed i conseguenti risultati ottenuti.

---

259R.GRILLI , A.PENNA , A.LIBERATI,*Le linee guida: caratteristiche, requisiti generali*; in Migliorare la pratica clinica. Come produrre ed implementare linee guida, il Pensiero Scientifico Editore 1995, Roma pp. 2132

Infine, le linee guida mirano a garantire la promozione del miglioramento continuo dell'attività assistenziale in quanto sono fondamentali strumenti di governo clinico. Le linee guida, infatti, possono "regolare" la risposta alla domanda di salute, orientando le attività svolte nel contesto di una politica di garanzia, di efficacia e qualità degli interventi sanitari nonché favorendo il rapido trasferimento dei risultati della ricerca alla pratica clinica. Non a caso consentono l'individuazione -in particolare nella fase di elaborazione e di applicazione- delle "criticità clinicoorganizzative".

Attraverso l'elaborazione ed attuazione delle linee guida, dunque, è possibile realizzare un sistema operativamente orientato al cambiamento e al miglioramento continuo della qualità dell'intervento sanitario, infatti, le linee guida orientano ad una attività clinica più omogenea e riducono la variabilità dei comportamenti.

Gli indicatori che emergono dalle linee guida dovrebbero essere tra gli standard di riferimento per le attività di audit, in quanto riducono il conflitto e limitano l'autoreferenzialità dei giudizi sulla pratica assistenziale.

Alla luce delle osservazioni precedenti si può meglio comprendere la definizione di linee guida intese come "raccomandazioni elaborate a partire da una interpretazione multidisciplinare e condivisa delle informazioni scientifiche disponibili, per assistere medici e pazienti nelle decisioni che riguardano le modalità di assistenza appropriate in specifiche circostanze cliniche".

Dato il ruolo attribuito alle linee guida soprattutto dall'intervento normativo del 2017 è sicuramente indispensabile conoscere, anche se negli aspetti generali e concettuali di massima, cosa sono le linee guida, a cosa servono, nonché indagare le metodologie per la

produzione e valutazione delle stesse in ambito locale, nazionale ed internazionale.

Il processo di sviluppo di una linea guida è di cruciale importanza, non solo in relazione alla qualità delle evidenze utilizzate ed alla conseguente qualità delle raccomandazioni formulate, ma anche per porre i presupposti alla effettiva possibilità del trasferimento delle raccomandazioni contenute nella pratica clinica.

La medicina delle prove di efficacia-volta a valutare l'attendibilità di una linea guida- individua tre momenti fondamentali nel percorso di produzione: la multidisciplinarietà, la valutazione rigorosa e sistematica delle fonti e la esplicitazione dei livelli di prova.

Nella stesura di una linea guida, infatti, lo strumento più importante è rappresentato dalla forza delle evidenze. Attraverso queste ultime, è garantita la migliore qualità nei contenuti presenti in una singola linea guida e, di converso, la debolezza delle evidenze porta come inevitabile effetto, ad una linea guida di bassa qualità. Quando parliamo di evidenze, facciamo riferimento a conoscenze che derivano dalle prove di efficacia, ossia dalle sperimentazioni cliniche che permettono l'acquisizione di nuove informazioni partendo dal dato empirico. Dunque, le linee guida rappresentano in maniera molto schematica i processi di diagnosi o cura.

In questo settore è utile distinguere tra due tipologie di linee guida le «*evidence-based guidelines*» (EBG) e «*not evidence-based guidelines*» (NEBG).

La differenza fondamentale tra EBG e NEBG riguarda l'importanza attribuita dagli estensori della linea guida a tre questioni epistemologiche ovvero la multidisciplinarietà del gruppo responsabile della produzione della linea guida; la valutazione

sistematica delle prove scientifiche disponibili quale base per le raccomandazioni formulate; la classificazione delle raccomandazioni in base alla qualità delle prove scientifiche che le sostengono. Dunque, appaiono chiare le criticità che contornano l'istituto delle linee guida queste infatti, intendono precisare, fotografare, immortalare in maniera puntuale, una materia che per sua natura è incerta ed opinabile: la medicina. L'arte medica è scienza, ma oggetto di studio della stessa è l'uomo, dunque è una arte incerta e le linee guida, che hanno come obiettivo quello di disciplinare questa *ars*, sono per necessità, non sempre esatte<sup>260</sup>. Il rischio delle linee guida infatti, è quello di imbrigliare l'attività dell'operatore sanitario rendendo il medico un burocrate. Vero è che le linee guida positivizzano il percorso terapeutico e sono degli strumenti validi per indagare l'attività del professionista ma il rischio è che, un adattamento supino dell'operatore sanitario alle stesse, anche nel caso in cui se ne sarebbe dovuto discostare, vada a danno del paziente.

Altre criticità, evidenziate da autorevole dottrina<sup>261</sup>, son relative alla provenienza delle linee guida, nonché al grado di aggiornamento delle stesse ma, sotto questo profilo, la legge Gelli prende una posizione netta.

In primo luogo la legge Gelli individua, in modo esatto, quali sono le linee guida che devono essere prese in considerazione in materia di responsabilità medica. Si tratta, infatti, di *“raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti o istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del*

---

260 Prof.NAZZARO, in tal senso al Convegno *Il futuro della responsabilità medica*, Pisa, CNR, 01.04.16.

261 Prof.NAZZARO, *cit.*

*Ministro della Salute da emanare entro 90 giorni dall'entrata in vigore della legge da aggiornare con cadenza biennale".*

Il comma 2, inoltre, demanda ad un apposito decreto ministeriale i criteri necessari ad individuare le società scientifiche e le associazioni che possono iscriversi nel suddetto elenco. Dunque, la L.Gelli, ha inteso precisare le fonti delle linee guida e garantirne un adeguato aggiornamento soprattutto nell'ottica della tutela del paziente. Va a questo proposito necessariamente evidenziato che, non qualunque linea guida ha rilievo nella valutazione della responsabilità dell'operatore sanitario; per esempio, le linee guida dettate dalla struttura ospedaliera e volte a garantire l'economicità della gestione non possono in alcun modo costituire parametro per lo svolgimento dell'attività medica. Infatti, la logica economica non può mai essere anteposta alla tutela della salute del paziente. Non può inoltre essere trascurato il fatto che, un primo aspetto sul quale – vigente la legge Balduzzi – ci si interrogava era proprio quello relativo a quali linee guida, se osservate, fondassero l'esonero da responsabilità nei casi di colpa lieve. Il quesito era sorto in quanto la L. Balduzzi non indicava con chiarezza a quali linee guida si riferisse, limitandosi ad esplicitare il requisito "dell'accreditamento da parte della comunità scientifica"<sup>262</sup>. Il problema era centrale in quanto, proprio in questo settore si è registrato il gravoso fenomeno, della "proliferazione delle linee guida". A ben vedere, infatti, la soluzione adottata nel 2012, fondata sull'accreditamento delle linee guida da parte della comunità scientifica, finiva per rimettere al giudice e, quindi, in sostanza, al suo perito il vaglio circa l'affidabilità delle linee guida. Pertanto, chi coltivava la speranza di vedere un giudice affrancato dall'esperto, dopo la legge Balduzzi, vedeva in realtà

---

<sup>262</sup> Si esprimeva in questi termini, poco prima dell'approvazione della legge "Balduzzi", l'estensore della sentenza "Cantore", Dott. Blaiotta, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 5 novembre 2012.



realizzarsi proprio lo scenario contrario<sup>263</sup>. Il perito assumeva ancora più rilevanza, dal momento che era colui che doveva stabilire se le linee guida, portate dall'imputato a sua discolpa, fossero veramente quelle "accreditate dalla comunità scientifica", non disponendo, il giudice, degli strumenti scientifici necessari per accertare ex sé il rilievo delle linee guida<sup>264</sup>. Questa flessibilità lasciata dalla Legge Balduzzi, è stata dunque colmata pienamente dall'intervento normativo del 2017 che infatti precisa, in maniera assolutamente inequivocabile, gli enti e le istituzioni preposte all'elaborazione delle linee guida.

La L.Gelli, inoltre si occupa anche dell'ipotesi, non trascurabile, di assenza di linee guida. In mancanza delle stesse, infatti, è espressamente affermato che l'operatore professionale è tenuto ad attenersi alle cosiddette buone pratiche.

Sotto questo profilo, non può che essere evidenziata una criticità. Il legislatore, infatti, mentre per le linee guida indica in maniera puntuale le fonti, nonché i termini di aggiornamento, per le buone pratiche si limita ad un richiamo senza alcun tipo di definizione e puntualizzazione sulle stesse. Sotto questo profilo, quindi, nonostante la L. Gelli sia intervenuta al precipuo fine di colmare le lacune e criticità della L. Balduzzi, resta l'incertezza.

Sicuramente si può osservare che l'evoluzione dell'intervento normativo del 2017 riposa nell'operare una netta distinzione tra il ruolo delle buone pratiche clinico-assistenziali" e quello delle linee guida; infatti, mentre l'art. 3 della "Legge Balduzzi" metteva sullo stesso piano le buone pratiche e le linee guida-che peraltro, una

---

263 G.CALETTI, *La riforma della responsabilità per colpa del sanitario*, in *Trattato di diritto penale, Parte Generale e Speciale - Riforme 2008-2015*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Torino, 2015, 74 ss.

264 Va osservato che in Italia, è attivo il Sistema Nazionale per le Linee guida (SNLG), il quale però non era menzionato dalla "legge Balduzzi". Sul tema, F.Buccelli e altri, *La rilevanza delle linee guida nella determinazione della responsabilità medica. Le novità introdotte dalla c.d. legge Balduzzi, le problematiche connesse i tentativi di risoluzione*, in *RIML*, 2016, 665 ss

certa parte della dottrina, considera tuttora in realtà non distinguibili - la L.Gelli nell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 5 pone, invece, le buone pratiche in posizione subordinata ed ancillare rispetto alle linee guida, disponendo che vadano osservate solamente in mancanza di queste ultime. Le buone pratiche sono state definite, senza pretese di completezza, da alcuni, come i protocolli ovvero schemi rigidi e predefiniti di comportamento diagnostico-terapeutico che descrivono le procedure alle quali l'operatore sanitario deve strettamente attenersi in una determinata situazione; da altri, come indicazioni trattamentali di comprovata efficacia anche se non regolamentate, quali, a titolo esemplificativo, taluni usi *off label* dei farmaci<sup>265</sup>; va però evidenziato che, secondo alcuni, le buone pratiche in realtà non sarebbero altro che la concreta attuazione delle linee guida o le procedure non previste dalle linee guida ma comunemente applicate e di cui sia riconosciuta-per esempio nei testi scientifici di cui non sia contestata l'autorevolezza- l'efficacia terapeutica.

Sicuramente, l'assenza di puntuale definizione per buone pratiche depone nel senso di accrescere il dibattito in materia anche se, il ruolo di queste ultime, appare sicuramente ancillare. Va infatti evidenziato che, secondo alcuni, la L. Gelli ha operato una precisa scelta, per le linee guida, certezza di fonti e definizione, per le buone pratiche, indagine casistica e concreta.

Ma, senza dubbio, la misura correttiva principale, introdotta dalla L.Gelli è quella che prevede la necessità, ad opera del sanitario, di tenere in considerazione, nel valutare l'applicabilità delle linee guida, la "specificità del caso concreto". L'art. 6 ha, infatti, introdotto l'art.590 sexies del codice penale che prevede che la punibilità per l'omicidio colposo e le lesioni personali colpose è esclusa nel caso in cui vengano rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida

---

265 S. DEL SORDO-U. GENOVESE, *Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*, in *La nuova responsabilità professionale sanitaria*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, pp. 38 ss.

sempre che risultino adeguate alla specificità del caso concreto. Dunque, attraverso questa precisazione normativa, il legislatore ha inteso porre in rilievo il caso concreto al fine di evitare di imbrigliare l'attività medica e al fine di garantire che l'operatore sanitario non si trasformi in un mero esecutore. Si è infatti subordinata l'applicabilità dell'esimente all'ipotesi in cui le linee guida richiamino proprio il caso concreto in cui trovano attuazione, infatti, nella diversa ipotesi in cui queste non siano assolutamente idonee a disciplinare quella precisa fattispecie concreta, il medico è assolutamente tenuto a discostarsene.

La riforma normativa, quindi, cerca il compromesso, le linee guida vengono sussunte nella fattispecie astratta del soft law<sup>266</sup> di matrice

---

266 Divenuta negli ultimi anni sempre più comune nella terminologia dei giuristi questa locuzione valorizza l'antitesi con hard law e in relazione a essa acquista un significato letteralmente traducibile come 'legge debole' o 'dolce'. Viene in tal modo in considerazione un sistema di regole che si connota essenzialmente per il fatto di non essere caratterizzato dai tratti forse più tipici e ricorrenti della norma giuridica: l'essere parte di un ordinamento giuridico e l'essere dotata di una qualche forza vincolante o precettiva. Quanto alla provenienza, le regole di soft law possono essere il frutto delle iniziative, private o pubbliche, individuali o collettive, più diverse ed essere rivolte a soggetti assolutamente indeterminati o a categorie ben specifiche di possibili fruitori. In ogni caso non costituiscono l'esito di una formale procedura di produzione normativa attivata da un ordinamento giuridico e, dunque, è seriamente dubitabile che di esse possa predicarsi una qualche forma, sia pur sfumata e generica, di giuridicità, anche perché, in stretta relazione con l'estraneità a qualsiasi profilo di validazione normativa dei pur diversi sistemi di fonti del diritto, le regole in questione non impongono soluzioni vincolanti ma suggeriscono la possibile composizione di ipotetici conflitti di interessi facendo affidamento sulla spontanea adesione dei soggetti, ai quali tali regole potrebbero giovare, nel reperimento di una soluzione più opportuna o adeguata. A tal stregua sembra possibile definire le regole di s. l. come modelli di norma giuridica, la cui traduzione in regola effettiva può avvenire mediante un recepimento a opera di legislatori, giudici o privati. L'osmosi tra pubblico e privato è, dunque, un tratto caratteristico, anzi programmatico, di queste regolazioni che provengono "dal basso", sia che si operi nella dimensione nazionale che nei mercati internazionali. Ma l'aspetto più rilevante è che questo fenomeno non si limita a delimitare l'ambito di vigenza delle norme imposte dal potere politico agli operatori di mercato, ma agisce persino nel senso opposto, di imporre cioè le "regole di mercato" al potere politico. La natura negoziale di gran parte del soft law mostra come l'attitudine autoritaria e "dirigistica" dello Stato vada temperandosi attraverso la preferenza per metodi consensuali e "partecipati" di produzione normativa: per questo motivo la *governance* viene richiamata come "integratore" del carattere democratico delle decisioni. Questa è però una visione parziale del fenomeno, che dimentica per quali ragioni il sistema costituzionale che abbiamo ereditato abbia elaborato le forme e le istituzioni che oggi si vorrebbero superare. Dietro alla tipicità delle forme in cui si esercita il potere pubblico, lo Stato di diritto custodisce anche le garanzie delle procedure legali attraverso le quali si

comunitaria ed in particolari ipotesi, devono essere disapplicate. L'intento della L. Gelli, dunque, sembra quello di considerare le linee guida come uno strumento flessibile per la valutazione della responsabilità dell'operatore sanitario. Nel caso in cui le linee guida, si adattino al caso concreto e si discuta di perizia del medico, la prestazione del professionista deve necessariamente coincidere con quanto indicato nelle linee guida e, per l'effetto, il sanitario dovrà

---

formano decisioni che sono imputabili all'interesse generale. La netta cesura tra ciò che forma "diritto" e ciò che diritto non è, costituisce il fulcro attorno al quale lo Stato di diritto organizza il sistema delle sue garanzie, perché consente di separare con un taglio sicuro la volontà del potere politico dall'atto normativo "oggettivizzato". L'obiettivo è porre sotto controllo la forza esuberante del potere politico, controllato nelle modalità del suo esprimersi dalle regole procedurali del diritto e, alla fine, staccato con una cesura precisa dal suo prodotto, la regola giuridica; una netta separazione dev'essere tracciata tra il momento della scelta politica che, guidata dal sistema rappresentativo, si trasforma in "legge", e il momento della sua applicazione al caso concreto, nel corso di un giudizio che si svolge davanti ad un giudice, qualificato e selezionato in base a requisiti tecnici e attentamente sottratto al circuito politico - rappresentativo. Non solo al giudice - e all'interprete più in generale - è vietato il ricorso al responso del principe, ma è fortemente svalutato persino l'impiego, nell'interpretazione degli atti legislativi per trovarvi "la regola del caso", dell'argomento della "volontà del legislatore": l'atto legislativo si stacca, si "estranea" dalle intenzioni soggettive dell'organo che l'ha emanato, per assumere un significato "oggettivo" nel sistema giuridico. Il distacco dell'atto normativo dalla volontà politica segna la condizione che rende possibile tracciare la linea di separazione tra i poteri, tra il momento della "legislazione" e il momento della "applicazione" delle leggi. L'interprete deve "costruire" il significato della disposizione da applicare, e per farlo deve individuarne la ratio, il principio; quale fosse l'intenzione originale del legislatore (spesso assai difficile da accertare in modo univoco), quel che serve è comprendere come la norma si colloca oggettivamente nel "sistema", a quale esigenza di normazione risponda (rimediando ad una possibile "lacuna") o a quali esigenze di coerenza sistematica (rimediando ad una potenziale contraddizione). Le intenzioni soggettive del legislatore cedono il campo alle finalità "oggettive" cui assolve la norma ("eterogenesi dei fini" è la locuzione che esprime questo mutamento di prospettiva). Deviare dalle forme tipiche della produzione di norme generali significa smarrire uno dei capisaldi dello Stato di diritto, la netta separazione tra i documenti che sono abilitati (e legittimati) a produrre regole obbligatorie per la generalità dei consociati e i documenti che sono privi di tali obbligatorietà. Sarà anche vero che tutto ciò appartiene alla mitologia dello stato liberale, che assegnare alle istituzioni rappresentative la funzione di garantire la "volontà generale" risponda più all'ideologia che alla realtà effettiva dello Stato costituzionale, ma non è certo meno vero che le prassi di negoziazione politica tipiche della governance aprono un canale privilegiato per gli interessi sociali più forti e meglio organizzati: sicché la "legittimazione dal basso" o "negoziata" o comunque ispirata dal "mercato" che può giustificare il proliferare di suddetta produzione normativa, ha trovato grande riscontro nella realtà giuridica attuale sebbene, come osservato da certa parte della dottrina, risulti a "poco tranquillizzante, se riletta dall'angolo visuale dello Stato di diritto e dei suoi principi. G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna 1998, spec. 51-57; L. SENDEN, *Soft Law in European Community*, Oxford - Portland 2004, 120 e A.

semplicemente dimostrare di averle osservate, provando in questo modo, l'esatto adempimento senza che rilevi il miglioramento o peggioramento della salute del paziente. Ogni eventuale accertamento sulla causa ignota che ha cagionato il danno al paziente, deve quindi essere precluso in quanto la prestazione è stata eseguita come previsto dalle linee guida. Nel caso in cui queste invece non siano applicabili o la contestazione mossa al sanitario sia di negligenza ed imprudenza e non di imperizia, la prova dell'esattezza dell'adempimento non potrà coincidere con la dimostrazione dell'osservanza delle linee guida. Tuttavia, qualora il sanitario riesca a dimostrare la correttezza delle ragioni che lo hanno indotto a discostarsene, nel caso concreto, si porranno le basi per verificare, in sede giudiziale, se vi sia stato o meno esatto adempimento<sup>267</sup>.

In conclusione, la L. Balduzzi prima e la L.Gelli poi, hanno attribuito un rilievo decisivo alle linee guida come strumento per valutare la responsabilità dell'operatore sanitario e mettere al riparo il medico, dalla incertezza giurisdizionale. L'interprete, infatti, è tenuto necessariamente a valutare la condotta del medico sulla base delle linee guida, così operando, non si imbriglia l'attività del sanitario -come osservato da alcuni- ma si riduce l'alea processuale senza però trascurare la peculiarità del caso concreto.

---

POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali (atti del XX Convegno annuale dell'AIC, Catania, 14-15 ottobre 2005), Padova 2007, 369 ss; R.BIN, *Il soft law*, Appunti di diritto Costituzionale, Fedoa.

267 M.FRANZONI, *Colpa e linee guida*, in Danno e Responsabilità, 2016.

#### **IV. Il rilievo processuale delle linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali**

Come precedentemente evidenziato, la L. Balduzzi prima e la L. Gelli poi, hanno attribuito un rilievo decisivo all'istituto delle linee guida nonché delle buone pratiche. Queste, infatti, sono determinanti nella valutazione della responsabilità medica e, per questa ragione, sono fondamentali anche in sede processuale. È quindi necessario che l'indagine si sposti anche sulla questione relativa alle modalità di ingresso delle linee guida e delle buone pratiche nel processo civile, in quanto il rispetto delle stesse ha un decisivo rilievo anche sulla ripartizione dell'onere di allegazione e più in particolare sull'onere della prova nei giudizi sulla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.

Diverse sono le questioni che devono essere indagate: in primo luogo il valore e l'efficacia del meccanismo di riconoscimento e pubblicazione ufficiale delle linee guida introdotto dalla l. 24/17, la funzione del giudice e la sua capacità di valorizzazione delle linee guida e, non da ultimo, il ruolo dei consulenti tecnici di ufficio. Questi ultimi, infatti, rappresentano delle figure decisive nei processi di responsabilità sanitaria in quanto possono effettuare le loro valutazioni tecniche operando una selezione delle linee guida e delle buone pratiche.

Principiando la nostra analisi dell'onere della prova e della allegazione, il cui riparto è stato già oggetto di indagine, occorre ricordare che, la l. 24/2017 allocandosi nel solco della L. Balduzzi, ma in maniera più temeraria, ha espressamente qualificato la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria come responsabilità extracontrattuale -salvo il caso in cui un contratto sia

stato concluso con il paziente- mentre la responsabilità della struttura sanitaria rimane di natura contrattuale<sup>268</sup>.

Dunque, come già evidenziato, nei procedimenti per responsabilità extracontrattuale sarà l'attore stesso ad avere l'onere di allegare e provare, di regola, tutti gli elementi della fattispecie e, quindi la condotta, l'evento, il nesso di causalità nonché l'elemento soggettivo -il dolo o la colpa- del danneggiante, diversamente, nei processi in cui si profila una responsabilità contrattuale sarà il danneggiante/inadempiente ad avere l'onere di allegare e provare che l'inadempimento, da cui è derivato il danno, non è a lui imputabile, non essendo egli passibile di rimprovero, neanche a titolo di colpa.

Per l'effetto, applicando il paradigma della responsabilità extracontrattuale sarà dunque il paziente danneggiato a dover allegare e provare, tra le altre cose, la condotta concretamente tenuta dall'esercente la professione sanitaria e, anche quella che avrebbe dovuto tenere in conformità alle linee guida o alle buone pratiche clinico-assistenziale<sup>269</sup>.

---

268 L'esempio ricorrente nella dottrina che si è occupata della questione riguarda il rapporto tra chirurgo estetico ed il suo paziente, che di solito è regolato da un contratto o quello tra ginecologo e paziente. Per delle riflessioni e degli esempi sul tema v. G. ALPA, *Dal medico alla équipe, alla struttura, al sistema*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurate, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.14; E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*, Resp. Civile e Previdenza, II, 2004.

269 Sul tema cfr. M. Franzoni, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 279, il quale afferma che laddove sussistano linee guida, queste siano il presupposto per l'assolvimento dell'onere della prova relativo all'esatto adempimento dell'obbligazione, tanto nell'ipotesi in cui siano state seguite pedissequamente, quanto nell'ipotesi in cui siano state derogate. Del resto se c'è una linea guida o una buona pratica accreditata dalla comunità scientifica significa che una *best practice* è stata riconosciuta, sicché è opportuno che sia il professionista a dimostrare perché non l'ha osservata, accollandosi così il rischio di non rispondere a quel canone di perizia e di diligenza che l'esecuzione della sua prestazione richiede.

Con riferimento all'imperizia, in particolare, sarebbe il danneggiato ad avere l'onere di allegare e provare che l'esercente la professione sanitaria avrebbe dovuto seguire una determinata linea guida (compresa tra quelle riconosciute ed inserite nell'apposito elenco ufficiale) o una determinata buona pratica clinico-assistenziale, e provare che ciò non è avvenuto nel caso di specie (o non è avvenuto correttamente), con conseguente produzione del danno.

Di conseguenza, l'attività difensiva dell'esercente la professione sanitaria, deve necessariamente essere volta a dimostrare che la linea guida o la buona pratica indicata dal danneggiato è stata invece correttamente seguita, ovvero che non è stata seguita per la peculiarità del caso di specie.

Ulteriore scelta normativa, fortemente criticata da una certa parte della dottrina, è quella di cui all'art. 8, 3° comma, l. 24/17, che ha previsto per la trattazione delle cause relative alla responsabilità medica, le forme del rito sommario di cognizione, di cui agli artt. 702 bis ss. c.p.c.<sup>270</sup>.

Tale rito è caratterizzato dalla celerità e concentrazione, soprattutto nella fase introduttiva, vi sono infatti rigide preclusioni, dunque si richiede alle parti di svolgere pienamente le proprie difese e di effettuare le proprie produzioni e istanze istruttorie nel ricorso introduttivo e nella comparsa di costituzione e risposta. Resta ferma la facoltà per il giudice di disporre una consulenza tecnica che, nei giudizi per responsabilità medica, assume rilevanza fondamentale sia in ordine all'*an*, sia in ordine al *quantum debeatur*. Dunque, è decisivo il ruolo della consulenza tecnica di ufficio che opera come strumento di selezione delle linee guida o buone pratiche alle quali il medico si sarebbe dovuto attenere e che determina il grado e la misura in cui, la condotta tenuta dal sanitario, si sia discostata da

---

270 Sul rapporto tra onere probatorio e consulenza tecnica di ufficio si veda B. Rados-P. Giannini, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 33 ss.



quella che avrebbe dovuto essere seguita non solo ai fini di ricostruire la responsabilità del medico, ma anche per modulare il risarcimento del danno. Una parte della dottrina, commentando la l. 24/2017, ha inoltre sostenuto -sebbene con forti critiche- che il riconoscimento ministeriale dei soggetti abilitati a produrre valide linee guida, nonché l'istituzione del «Sistema nazionale per le linee guida (SNLG)» consente di qualificare le linee guida come fonti del diritto, con la conseguenza che la loro conoscenza ed il loro impiego rientrerebbe nella sfera dei doveri del giudice, a prescindere dalle allegazioni delle parti<sup>271</sup>.

Tale soluzione, si espone a forti criticità. In primo luogo, avrebbe dei riflessi anche sulla sindacabilità della decisione di merito nel giudizio di legittimità, in secondo luogo il fatto che sia stato istituito un meccanismo di riconoscimento e catalogazione delle linee guida non pare di per sé sufficiente a conferirgli dignità di fonte del diritto e dall'altro lato, l'individuazione delle linee guida o delle buone pratiche adatte al caso di specie, non può prescindere dal possesso di un sapere altamente specialistico nella materia medica, che soltanto il consulente tecnico può vantare. Dunque, l'intervento normativo ha sicuramente attribuito un ruolo centrale alla consulenza tecnica di ufficio nell'individuazione della linea guida o della buona pratica che il medico avrebbe dovuto seguire e nella ricostruzione della condotta dell'operatore professionale, ma non può essere trascurato il fatto ciò non esclude l'operatività, tuttora attuale, del principio dell'onere della prova. Infatti, la necessità che

271 Si veda M. Franzoni, *op. cit.*, p. 278, secondo cui "le linee guida, altrimenti intese anche come regola dell'arte medica, sono sempre entrate nel processo civile o penale, attraverso il lavoro del consulente tecnico d'ufficio, come ho già ricordato; sebbene egli fosse libero di farvi o di non farvi richiamo, nonostante la mancanza di una precisa prova sulla loro esistenza fornita dalla parte. Ora il giudice è chiamato a darvi applicazione poiché, con qualche approssimazione, si può dire *iura novit curia*. In concreto, il richiamo effettuato dalla legge ad una norma diversa da quella del sistema delle fonti del diritto attrae quest'ultima e la colloca ad un grado che non potrebbe avere. Per effetto della l. in commento, la linea guida formalmente entrano nel sistema delle fonti del diritto e sostanzialmente conservano una cogenza e un'efficacia diversa da quella di qualsiasi altra norma di diritto positivo, sia per efficacia che per origine".

sia rispettato pienamente il diritto di difesa della parte nei cui confronti è rivolta la domanda risarcitoria, trova riscontro solo in un processo in contraddittorio tra le parti sulle quali incombe l'onere della prova e della allegazione. Nell'ottica del necessario rispetto del contraddittorio e del diritto alla prova, nell'ambito del processo per responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, regolato dalle disposizioni di cui agli artt. 702 bis e ss. c.p.c., sarà poi fondamentale il ruolo delle difese affidate ai consulenti tecnici di parte (sia nel corso del processo stesso, qualora venga disposta una consulenza tecnica di ufficio, sia prima del processo, nella fase stragiudiziale che si svolge con le forme della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c., ovvero con le forme della mediazione obbligatoria). Decisiva è anche l'opera del consulente di parte nell'orientare il consulente tecnico di ufficio nella selezione della linea guida o della buona pratica di riferimento alla quale risponde il caso concreto e nella ricostruzione e valutazione della condotta e della eventuale colpa dell'esercente la professione sanitaria.

In conclusione, può senz'altro affermarsi che la scelta del legislatore del 2017 è quella di affidare buona parte del diritto di difesa e del rispetto del principio del contraddittorio, nei processi per responsabilità medica, al dialogo tra consulenti del giudice e consulenti di parte, stante il ruolo decisivo attribuito alle linee guida.

## **V. La quantificazione del danno.**

Un aspetto centrale, che va necessariamente indagato alla luce della riforma normativa del 2017, è quello relativo al prescritto dovere del giudice di tenere conto della condotta dell'esercente la professione ai sensi dell'articolo 5 della l. 24/17 e dell'articolo 590 *sexies* c.p. nella determinazione del *quantum debeatur*.

Il giudice, per espressa previsione normativa, se la condotta del danneggiante-sanitario è stata orientata dalla linea guida o dalla buona pratica clinico-assistenziale adeguata al caso specifico, potrà e dovrà condannare l'esercente la professione sanitaria ad un risarcimento, anche inferiore a quello che garantirebbe l'integrale ristoro dei danni patiti dal paziente.

Seppure, come detto, la dottrina maggioritaria appare contraria<sup>272</sup>, potrebbe sostenersi che valga anche l'opposto, ossia che il medico potrebbe essere condannato a corrispondere un *surplus* rispetto a quello che sarebbe l'integrale ristoro del danno, nel caso in cui la sua condotta si sia discostata significativamente dalla linea guida o buona pratica senza alcuna ragione giustificatrice, sussistendo dunque, in questa ipotesi, un profilo di colpa grave.

---

272 M. FACCIOLO, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in Nuova giur. civ., 2014, II, pp. 108 ss., il quale ha escluso che possa darsi luogo all'aumento del risarcimento in caso di colpa grave, ma sul presupposto secondo cui i c.d. danni punitivi non fossero compatibili con il nostro ordinamento, presupposto che appare quanto meno da ridiscutere alla luce del recente arresto di Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono espresse con questa pronuncia proprio sull'interessante questione della compatibilità del risarcimento punitivo con il sistema giuridico italiano, offrendo sagaci spunti di riflessione de iure condito e de iure condendo. La vicenda prende le mosse dal contenzioso sorto intorno al riconoscimento di una sentenza statunitense in cui, a detta di una delle parti, era prevista una condanna per danni punitivi, che secondo un risalente orientamento della Corte di Cassazione non potrebbero trovare riconoscimento nel sistema italiano, essendo contrari all'ordine pubblico (Cass. n. 1183/07).

Le Sezioni Unite, ritenendo il ricorso infondato/inammissibile, hanno affrontato comunque la questione ex art. 363 c. 3 c.p.c., in quanto l'interrogativo posto risultava di particolare importanza ovvero se è possibile, nel sistema italiano, prevedere il pagamento di una somma superiore a quella strettamente necessaria a reintegrare il danno, al precipuo fine di infliggere una pena al danneggiante.

Secondo gli ermellini, deve essere superato il "carattere monofunzionale della responsabilità civile" costituito dalla finalità esclusivamente reintegratoria del risarcimento - per riportare il danneggiato allo status quo ante il danno - a cui fa riferimento l'impostazione classica (Cass. n. 1183/07).

Già in altre occasioni, infatti, le Sezioni Unite "hanno messo in luce che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento" (Cass. SS.UU. 9100/15). Accanto alla "preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria" si riconosce adesso una "natura polifunzionale che si proietta verso più aree", tra cui le principali sono quella preventiva e quella sanzionatorio-punitiva: l'istituto dei risarcimenti punitivi "non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano". A conferma di tale conclusione, la Corte elenca numerosissime disposizioni legislative in vigore ormai da anni e che costituiscono chiare ipotesi sanzionatorie (punitive) ricollegate ad un comportamento foriero di un danno ingiusto. Secondo gli ermellini, anche la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto da tempo una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività della tutela (Cort. Cost. 303/11, Cort. Cost. 152/16, Cort. Cost. 238/14). Tanto, si badi bene, "non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria "consenta ai giudici di accentuare liberamente le condanne, liquidando oltre la somma necessaria a ristorare il danno patito. Come noto, infatti, ogni prestazione personale esige una "intermediazione legislativa" in ossequio al principio di riserva di legge stabilito dall'art. 23 della Costituzione e, dunque, nel sistema italiano la condanna al pagamento di una somma ulteriore a quella strettamente necessaria

L'art. 7, 3° comma, l. 24/17, infatti, dispone genericamente che «*il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria*».

Pare quindi che il legislatore abbia inteso valorizzare, anche in sede civile, le modalità della condotta, nonché il grado e l'intensità della colpa, ai fini della quantificazione del risarcimento da corrispondere al paziente danneggiato (oltre che al fine di decidere in ordine all'*an debeatur*), secondo alcuni, operando in simmetria con l'art. 133 c.p. ai fini della commisurazione della pena da infliggere in concreto al reo.

L'eventuale possibilità di condannare il medico alla corresponsione di un risarcimento anche maggiore rispetto all'effettiva entità del danno subito dal paziente evoca immediatamente la questione relativa ai danni punitivi, tuttora al centro del dibattito dopo il recente arresto giurisprudenziale in materia<sup>273</sup>. Infatti, in relazione alla quantificazione del risarcimento del danno, la dottrina ha evidenziato, sulla scorta della giurisprudenza anche costituzionale, che il principio dell'integralità del risarcimento non trova copertura

---

per ristabilire lo status quo ante (risarcimento punitivo) è configurabile solo e soltanto se vi è una norma ad hoc che, nella fattispecie, lo prevede. In altri termini i danni punitivi sono configurabili nell'ordinamento italiano ma, pur essendo riconosciuti dal sentire giuridico comune (tanto da trovare riconoscimento in alcune specifiche norme) non possono considerarsi immanenti al sistema della responsabilità civile di cui all'articolo 2043 c.c. e non trovano applicazione tout court, costituendo ancora un'eccezione che, in quanto tale, deve essere legittimata da una specifica previsione legislativa. Spetta al legislatore, pertanto, decidere in quali casi sia possibile configurare un risarcimento punitivo.

Proprio sulla base di tale presupposto, viene astrattamente riconosciuta la possibilità di delibazione nel sistema italiano di una sentenza straniera che preveda la condanna ad un risarcimento punitivo.

In tal caso, il controllo che dovrà essere svolto dai giudici italiani sarà quello di accertarsi che nell'ordinamento straniero tale condanna sia pronunciata su "basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna". Il concetto di "ordine pubblico" quale limite per la delibazione della sentenza, infatti, deve essere riletto in un'ottica più permeabile, cercando il punto di equilibrio tra il controllo sull'ingresso di norme o sentenze straniere contrarie all'ordinamento giuridico interno e una funzione promozionale dei valori tutelati dal diritto internazionale.

273 Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 in Massimario Corte Cassazione. Nonché per approfondimenti GUIDO ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, Torino, Utet, 2010.

costituzionale; per l'effetto è astrattamente possibile prevedere che, ricorrendo determinati presupposti, la legge possa accordare al danneggiato un ristoro inferiore al danno patito, emancipando la tutela risarcitoria dal principio della integrale riparazione.

In tal senso, infatti deponiva prima la legge Balduzzi ed ora, l'art. 7 comma 3 della l. 24/17. La necessità di graduare la colpa, può ricondurre alla classica distinzione tra colpa grave e colpa lieve ed alle ricadute che tale distinzione ha sulle obbligazioni del prestatore d'opera ex art. 2236 c.c. Potrebbe quindi assumere nuovamente una qualche rilevanza -per esempio nella modulazione del risarcimento e sull' *debeatur*- l'elaborazione teorica e giurisprudenziale relativa a tale disposizione, ancorché la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria sia oggi qualificata espressamente come di tipo extracontrattuale<sup>274</sup>.

Per questa ragione, una delle questioni di maggiore rilievo, è quella relativa alle modalità concrete di esercizio del potere di modulare il risarcimento da parte del giudice ed ai mezzi processuali per il controllo di tale potere. Saranno infatti le applicazioni pratiche del dettato normativo a rivelare i pregi e difetti della L.2017<sup>275</sup>.

Quanto alla prima questione, ancora una volta pare fondamentale l'opera del consulente tecnico di ufficio, che nel contraddittorio con i consulenti di parte deve individuare la condotta che avrebbe dovuto essere tenuta sulla base del caso concreto e sulla base delle linee guida e buone pratiche di riferimento, comparandola poi con la condotta che è stata concretamente seguita, per indicare se ed in

---

274 G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane Napoli, 2006, pp. 67 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, pp. 130 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

275 C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in «Corriere giur.», 2016, p. 912; S. BARONE, *Punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?*, in «Giur. it.», 2017, p. 1359 Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in «Foro it.», 2017, I, col. 2613, con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*;

che misura quest'ultima si sia discostata dalla prima, nonché per determinare il grado di addebitabilità della condotta al convenuto e di colpevolezza dell'esercente la professione sanitaria.

Andrà quindi ponderato anche il grado di responsabilità, ossia il grado della colpa dell'esercente la professione sanitaria. Su tale valutazione non potranno non pesare, ad esempio, la difficoltà delle cure da prestare e l'eventuale presenza di opinioni discordanti nella letteratura scientifica sulle tecniche e le modalità di cura che dovrebbero essere seguite.

Acquisiti tali elementi, nonché individuata l'entità del risarcimento dovuto al danneggiato, sulla base dell'effettivo pregiudizio subito (e quantificato facendo riferimento alle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, ai sensi dell'art. 7, 4° comma, l. 24/17,), sarà quindi effettuata la corretta determinazione del risarcimento da parte dell'esercente la professione sanitaria.

L'art. 7, 4° comma, l. 24/17, stabilisce che "il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo".

Va evidenziato che una disposizione simile, era già presente nel d.l. 158/12 (cfr. art. 3, 3° comma) ed è quindi stata già oggetto delle attenzioni della dottrina, che non ha risparmiato le sue critiche. In particolare, è sicuramente apprezzabile in linea generale l'intento di stabilire normativamente parametri per la quantificazione dei danni alle persone che questi siano uniformi e vincolanti su tutto il territorio nazionale, ma va evidenziato anche che a tale approccio

sono state mosse alcune obiezioni in quanto, tra le altre cose, è parso quanto meno poco opportuno attribuire al governo il potere di stabilire i parametri per la quantificazione dei danni provocati nell'esercizio dell'attività sanitaria, per via del fatto che la maggior parte delle strutture sanitarie che erogano prestazioni nel nostro Paese sono pubbliche. Si è quindi evidenziato che il soggetto tenuto a risarcire i danni non dovrebbe stabilire i parametri sulla base dei quali liquidare i danni stessi, in quanto la parte debole, ossia il paziente danneggiato, potrebbe farne le spese. Si consideri, peraltro, che una uniformità su tutto il territorio nazionale nella liquidazione dei danni alla persona dovrebbe già essere stata raggiunta, a prescindere dall'adozione delle tabelle di cui al codice delle assicurazioni private, sulla base di un approccio nomofilattico della giurisprudenza. La Corte di cassazione, infatti, ha stabilito che le tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale elaborate dal Tribunale di Milano devono essere applicate in tutti i tribunali d'Italia, salvo il potere/dovere del giudice di discostarsene in ragione delle caratteristiche peculiari del caso specifico, purché sussista una adeguata motivazione. L'uniformità di trattamento nell'intera penisola dovrebbe, quindi, essere già stata raggiunta per opera dell'intervento della Suprema Corte. Nelle more dell'adozione della tabella per la liquidazione del danno non patrimoniale, ai sensi dell'art. 138 cod. assicurazioni private, da parte dell'autorità governativa competente, quindi, il riferimento è rappresentato tuttora dalle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano.

*L'iter* logico che dovrà essere seguito dal giudicante nella quantificazione del danno dovrebbe quindi essere il seguente: il giudice, una volta quantificato il danno effettivamente subito dal paziente sulla base dei parametri contenuti nelle tabelle, procederà a modulare il risarcimento da corrispondere ai sensi dell'art. 7, l. 24/17, facendo riferimento alla condotta tenuta dal medico ed alla misura della sua colpa, avendo come parametro di riferimento il



rispetto delle linee guida o buone pratiche di riferimento (ed utilizzando come necessario supporto le risultanze della consulenza tecnica di ufficio).

A parte l'ovvia riformabilità piena della decisione del giudice di prime cure nel giudizio di appello, occorre domandarsi quali siano i margini per la sindacabilità della decisione di merito relativa alla determinazione del *quantum debeatur* in sede di legittimità ed, in particolare, i margini per la sindacabilità della selezione ed applicazione delle linee guida e delle buone pratiche (si tenga presente che anche la questione relativa all'*an debeatur* è imprescindibilmente legata alla selezione ed all'applicazione delle linee guida e delle buone pratiche). In tale indagine rilevano, da un lato, la giurisprudenza formatasi sulla sindacabilità della quantificazione del danno operata con riferimento alle tabelle elaborate dai singoli tribunali e, dall'altro lato, il disposto della novella normativa, sia per quanto riguarda la prescrizione relativa al riconoscimento ufficiale delle linee guida ed alla loro catalogazione, sia per quanto riguarda il riferimento alle tabelle di cui al codice delle assicurazioni private ma come precedentemente evidenziato, la giurisprudenza di legittimità è orientata nel senso di ritenere le tabelle elaborate dal Tribunale di Milano modello a livello nazionale, fermo restando il potere/dovere del giudice di merito di adeguare l'importo del risarcimento alle caratteristiche del caso concreto, anche discostandosi (purché motivatamente) dalle tabelle stesse. Tale soluzione dovrebbe garantire una certa uniformità dei risarcimenti al livello nazionale, nell'ottica del rispetto del principio di uguaglianza, ed allo stesso tempo evitare standardizzazioni eccessive, che sacrificherebbero la giustizia del caso concreto. È pertanto auspicabile che un margine di discrezionalità e di manovra sia lasciato al giudice anche qualora questi sarà chiamato ad applicare le tabelle approvate dal Governo (che quindi assurgeranno al rango di fonti del diritto).

In ottica rimediale, pare quindi che l'eventuale violazione delle tabelle ministeriali potrebbe essere censurabile in Cassazione come violazione di legge. Le tabelle ministeriali rappresenterebbero, infatti, una fonte normativa secondaria richiamata da una fonte di rango primario.

Quanto all'errore di giudizio che dovesse riguardare la selezione o l'applicazione delle linee guida o delle buone pratiche, errore che può rilevare anche in riferimento al *quantum* del risarcimento, riflettendosi sulla modulazione di esso (in diminuzione, secondo l'opinione maggioritaria, oppure anche in aumento), esso dovrebbe rappresentare un vizio attinente al merito della decisione, o meglio un errore attinente al fatto e come tale non sindacabile in sede di legittimità (oggi anche più di ieri, considerata la riforma dell'art. 360, 1° comma, effettuata con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modificazioni in l. 7 agosto 2012, n. 13441).

Va però evidenziato che non è mancato, d'altra parte, chi ha inteso valorizzare la circostanza secondo cui le linee guida con l'attuale dettato normativo ricevano una sorta di validazione ufficiale, per essere poi inserite in un pubblico elenco, al fine di ricondurle nel catalogo delle fonti del diritto. Una simile soluzione, tuttavia, riguarderebbe soltanto i casi in cui l'intervento sanitario sia coperto da una linea guida validata, mentre non si adatterebbe ai casi in cui il parametro per la valutazione della condotta e della colpa dell'esercente la professione sanitaria sia da individuarsi in una buona pratica. Su tale piano, quindi, si creerebbe una disparità di trattamento che appare irragionevole.

Sicuramente alla soluzione sopra prospettata va riconosciuto il merito di ampliare (almeno nei casi suddetti) le maglie di accesso al giudizio di legittimità, ma questa non pare completamente convincente.

Il fatto che il legislatore abbia previsto un procedimento di validazione e raccolta delle linee guida non è infatti sufficiente ad

elevare le stesse a norme di diritto, considerato anche che la selezione della linea guida o della buona pratica necessita l'esercizio di competenze tecnico-scientifiche e che non è paragonabile all'opera di sussunzione di un fatto sotto una norma di diritto chiara e predefinita. Se una tale soluzione viene accolta, peraltro, il rischio è che venga acuito il problema dell'eccessiva vincolatività delle linee guida e che si attualizzi il rischio di imbrigliare la libertà dell'esercente la professione sanitaria, nonché l'evoluzione stessa della scienza e della pratica medica. Occorrerà quindi attendere l'elaborazione giurisprudenziale per sapere se e come in sede di legittimità possa trovare posto la valutazione del giudizio riguardante la determinazione del *quantum debeatur* nei procedimenti relativi alla responsabilità medica. L'auspicio è sicuramente quello che gli equilibri raggiunti dalla giurisprudenza con molto sacrificio e fatica non vadano dispersi, e che quindi venga garantito il controllo del giudice della nomofilachia anche su tale fondamentale aspetto del giudizio di merito, magari facendolo rientrare comunque nel controllo relativo al rispetto delle norme di diritto e assumendo però come parametro le disposizioni di riferimento della l. 24/17, ovvero l'art. 1226 c.c.

Il giudizio di legittimità, su tale questione, infatti è imprescindibile al fine di garantire il rispetto del principio di uguaglianza su tutto il territorio nazionale.

#### **IV. Il sistema binario: la responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria.**

È possibile affermare, giunti a questo punto della trattazione che, l'art. 7 della L. Gelli è la norma più rilevante di tutto il dettato normativo.

Viene quindi istaurato un sistema binario considerando che la struttura sanitaria-pubblica o privata- per l'adempimento della propria obbligazione si avvale di esercenti la professione sanitaria e, per tale ragione, risponde nei confronti dei pazienti ai sensi degli art. 1218 c.c. e 1228 c.c. delle loro condotte dolose e colpose. La disposizione si applica anche alle professioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria<sup>276</sup> ovvero nell'ambito di sperimentazione e ricerca clinica, nonché nei casi di Convenzione con il servizio sanitario nazionale<sup>277</sup> e telemedicina<sup>278</sup>.

---

276 La libera professione intramuraria chiamata anche "intramoenia" si riferisce alle prestazioni erogate al di fuori del normale orario di lavoro dai medici di un ospedale, i quali utilizzano le strutture ambulatoriali e diagnostiche dell'ospedale stesso a fronte del pagamento da parte del paziente di una tariffa. Il medico è tenuto al rilascio di regolare fattura e la spesa, come tutte le spese sanitarie, è detraibile dalle imposte. Le prestazioni sono generalmente le medesime che il medico deve erogare, sulla base del suo contratto di lavoro con il Servizio Sanitario Nazionale, attraverso la normale operatività come medico ospedaliero. Le prestazioni erogate in regime di intramoenia garantiscono al cittadino la possibilità di scegliere il medico a cui rivolgersi per una prestazione.

277 Il Servizio Sanitario Nazionale (SSN) è stato istituito con la legge n. 833 del dicembre 1978. La sintetica sigla di SSN sottintende il complesso di funzioni, strutture, servizi e attività che lo Stato garantisce a tutti i cittadini, senza alcuna distinzione, per il mantenimento e il recupero della salute fisica e psichica, nonché l'attuazione di sistemi di tutela della stessa, come vuole l'articolo 32 della Costituzione. Il Ministero della Salute, che ha il compito di provvedere alla salute pubblica, rappresenta l'organo principale del Servizio Sanitario Nazionale. Attraverso il Piano sanitario nazionale approvato dal Parlamento, il ministero definisce degli obiettivi generali da raggiungere per la salute pubblica, l'importo del fondo sanitario, il metodo di ripartizione di tale fondo alle Regioni che, mediante una rete di Aziende Unità Sanitarie Locali (ASL), intese come il complesso dei presidi di ricovero, cura e riabilitazione, degli uffici e dei servizi dei comuni (singoli o associati) e delle comunità montane, garantiscono l'attività dei servizi sanitari. Il ministero definisce inoltre i criteri generali per l'erogazione di tali servizi, le linee guida per la formazione e l'aggiornamento di medici, infermieri e tecnici, nonché i sistemi di controllo e verifica dei risultati raggiunti.

278 Nell'ambito della diagnostica clinica, è possibile per un medico effettuare la diagnosi su un paziente che non è fisicamente nello stesso posto del medico, attraverso la trasmissione a distanza di dati prodotti da strumenti diagnostici.

L'art. 7 infatti, configura la responsabilità della struttura sanitaria come contrattuale, recependo l'orientamento dominante della giurisprudenza, secondo il quale la responsabilità della struttura verso il paziente, a seguito del contratto di ospedalità è contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art.1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni a carico del presidio ospedaliero e, ai sensi del 1228 c.c., per l'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta dall'operatore sanitario, quale suo ausiliario necessario, legato alla struttura da un contratto di lavoro subordinato.<sup>279</sup> Il contratto tra la struttura e il paziente nasce con l'accettazione del paziente ed ha, come conseguente effetto, l'obbligo di prestargli cure mediche. Ma senza dubbio la grande novità che contraddistingue la L.Gelli-Bianco è la precisa scelta, di disconoscere l'orientamento giurisprudenziale del "contatto sociale" configurando, in capo al singolo operatore sanitario, una responsabilità extracontrattuale ex art.2043 c.c. La volontà del legislatore è chiaramente stata quella di modificare il titolo della responsabilità medica, per questa ragione la l.2017 abroga l'art. 3 comma 1 della L.Balduzzi che si limitava ad un mero richiamo all'art. 2043 c.c., senza prendere una posizione netta e all'esclusivo fine di prevedere che, laddove mancasse una responsabilità penale, non veniva meno l'obbligo risarcitorio di natura civilistica. La tesi della natura extracontrattuale del medico, in origine, faceva capo ad un orientamento isolato e minoritario,

---

La *second opinion* medica è una delle applicazioni più comuni nell'ambito della telemedicina: essa consiste nel fornire un'opinione clinica a distanza supportata da dati acquisiti inviati ad un medico remoto che li analizza e li referta, producendo di fatto una seconda valutazione clinica su un paziente. Le tecniche telematiche di fatto favoriscono anche applicazioni di formazione a distanza, nelle quali il medico remoto può specializzare i medici che chiedono una *second opinion* su un caso clinico attraverso tecniche di e-learning. La classificazione più comune della telemedicina è effettuata a partire dal settore medico al quale viene applicata: telepatologia, la branca della telemedicina che prevede il trasferimento di immagini digitali macroscopiche e microscopiche a scopo diagnostico o educativo mediante la tecnologia informatica, tele radiologia, telecardiologia- trasmissione e refertazione a distanza di un elettrocardiogramma-tele dermatologia,tele neurologia, tele riabilitazione ovvero erogazione di servizi riabilitativi attraverso le reti di telecomunicazione ed internet, teleconsulto ovvero visite tra medico curante e paziente mediante sistemi di video-conferenza.

279 Trib. Milano 29.10.15 in Foro It. *Sanità Pubblica e Sanitari*, Rep.2016,p.396

espresso per lo più da una giurisprudenza di merito, che sosteneva che già con l'introduzione della L. Balduzzi si intendeva smentire il "diritto vivente in materia di contatto sociale" con lo scopo di contenere gli oneri risarcitori della sanità pubblica "gettando alle ortiche" la teoria del contatto sociale.

L'intervento del 2017, dunque è, sotto questo profilo rivoluzionario.

Adesso infatti l'unico referente della responsabilità del medico è l'art. 7 comma 2 l. 24/2017 che ne afferma la natura extracontrattuale ma solo nel caso in cui manchi un contratto tra l'operatore sanitario ed il paziente. Viene meno, dunque, l'automatico riconoscimento del vincolo contrattuale da contatto, sarà il paziente a dover dimostrare l'esistenza di un vincolo negoziale con l'operatore sanitario. È possibile però affermare che la natura extracontrattuale della responsabilità del medico, inserito in una struttura sanitaria, non incide sulla concreta possibilità per il danneggiato di ottenere un adeguato ristoro patrimoniale a seguito della lesione di un diritto fondamentale, quale quello alla salute. La struttura, infatti, risponde ex 1218 c.c. e 1228 c.c. e questa è, senza dubbio, una vera e propria garanzia per il paziente in quanto la struttura sarà sicuramente più solvibile del medico. Il danneggiato, per l'effetto, dovrà in prima battuta rivolgersi alla struttura sanitaria e, solo in maniera eventuale al singolo operatore sanitario. Va inoltre evidenziato che la scelta del legislatore del 2017 è volta a garantire un recupero dell'alleanza terapeutica ormai perduta. Viene meno "l'obbligo di risultato" in capo al medico, obbligo che, come evidenziato, è alla base dell'atteggiamento difensivo del medico pregiudizievole in primo luogo per il malato e, in successione, per la collettività.

Pertanto, sulla base della L. Gelli Bianco è possibile così sintetizzare la responsabilità civile in materia sanitaria: l'art. 7 è il nuovo baluardo della responsabilità civile in materia sanitaria che però non incide né sul regime della responsabilità civile della struttura né su

quello del medico che ha concluso il contratto d'opera professionale in quanto, in questi casi, vi è una responsabilità contrattuale ex art.1218 c.c.; il richiamo all'art. 2043 c.c. non ha alcun riflesso sulla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria che ha concluso un contratto atipico con il paziente e che, per questa ragione, sarà sempre tenuta a rispondere ex 1218 c.c.; la responsabilità del singolo operatore sanitario, che non è vincolato al paziente da un contratto, è una responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. e per questa ragione devono sussistere tutti gli elementi previsti dalla norma per configurare un obbligo risarcitorio in capo al medico; si assiste quindi ad un alleggerimento della responsabilità del medico con l'applicazione del criterio di imputazione della responsabilità indicata dalla L.Gelli al precipuo fine di osteggiare la dilagante piaga della medicina difensiva ma tale modifica non ha alcuna incidenza sulla distinta responsabilità della struttura sanitaria pubblica-privata che resta sempre di natura contrattuale sia che si ritenga che l'obbligo di adempiere le prestazioni per la struttura sanitaria derivi dalla legge istitutiva delle S.S.N, sia che si preferisca far derivare tale obbligo dalla conclusione del contratto atipico di ospedalità o assistenza sanitaria con la sola accettazione del paziente presso la struttura.

Dunque il sistema ricostruito è bipolare. Il paziente può agire in giudizio nei confronti del solo operatore sanitario ma, in questo caso, trattandosi di una responsabilità aquiliana devono sussistere i presupposti di cui all'art. 2043 c.c.

Se oltre il medico è convenuta anche la struttura ospedaliera, presso la quale l'autore materiale del fatto svolge la propria attività lavorativa, si ravviserà una responsabilità contrattuale della struttura e una responsabilità aquiliana in capo al medico con il conseguente diverso atteggiarsi dell'onere probatorio e diverso termine di prescrizione del diritto al risarcimento.

Di rilievo è anche il profilo attinente al risarcimento del danno, sul quale è intervenuto il legislatore 2017. Il comma 4 dell'art. 7, infatti, disciplina le modalità del risarcimento del danno prevedendo la liquidazione sulla base delle Tabelle di cui all'art. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni.

La norma infatti recita “ *il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo*”<sup>280</sup>

Anche sotto questo profilo è evidente che sussiste una dirompente novità<sup>281</sup>.

In primo luogo c'è un riconoscimento espresso del ruolo del Codice delle Assicurazioni nella determinazione del danno non patrimoniale risarcibile, in secondo luogo, attraverso questo preciso riferimento normativo, si intende orientare in maniera decisa l'attività dell'organo giudiziale. L'interprete nella liquidazione del danno cagionato in seguito ad un intervento sanitario, sarà necessariamente tenuto ad attenersi ai parametri indicati dal Codice delle Assicurazioni per la determinazione del danno biologico per lesione e per i fatti di lieve entità. Gli art. 138-139 dettano, infatti, i criteri per la liquidazione del danno biologico per lesioni da sinistri stradali, rispettivamente di non lieve e di lieve entità. Il riferimento è

---

280 G. MONTANARI -VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Dike Giuridica, Roma, 2017, 12.

281 Va però precisato che una disposizione simile era presente anche nel d.l. 158/12 (art. 3, 3° comma) ed è quindi stata già oggetto delle attenzioni della dottrina, che non ha risparmiato le sue critiche, in tal senso M. Faccioli, *op. ult. cit.*, pp. 104 ss.; G. Montanari Vergallo, *op. cit.*, pp. 133 ss.



dunque alle tabelle uniche nazionali dei valori economici del danno biologico, il cui aggiornamento è disposto annualmente, con Decreto Ministeriale. La soluzione adottata dal legislatore del 2017 è quella di estendere tale paradigma liquidatorio anche al settore della responsabilità medica, smentendo una parte della giurisprudenza che intendeva il codice delle Assicurazioni come una previsione eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica in campi diversi da quelli dei sinistri stradali. Il comma 5 dell'art. 7 della L.Gelli qualifica suddette disposizioni come "norme imperative" postulandone una inderogabilità anche laddove il contratto intercorso tra le parti, disponga diversamente. È però noto che mentre il 139 Codice delle Assicurazioni ha ricevuto attuazione, non è mai stata emanata -come postula il 138- una tabella unica su tutto il territorio nazionale che indichi le menomazioni comprese tra i dieci e cento punti, ed il valore da attribuire ad ogni singolo punto di invalidità comprensivo dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso. In questa prospettiva, la S.C. come precedentemente evidenziato, ha affermato, a più riprese, che nella liquidazione del danno non patrimoniale, quando manchino criteri stabiliti dalla legge, deve trovare applicazione il disposto di cui al 1226 c.c. che consente al giudice di operare una valutazione del caso concreto ma, allo stesso tempo, impone l'uniformità dei casi analoghi garantita dal riferimento alle Tabelle del Tribunale di Milano, ampiamente diffuse sul territorio come strumento per la determinazione del danno<sup>282</sup>.

Pertanto è possibile affermare che, in linea generale, è pregevole l'intento di stabilire normativamente parametri per la quantificazione dei danni alle persone che siano uniformi e vincolanti su tutto il

---

282 Cass. 20 aprile 2017, n. 9950, secondo cui «il danno alla salute, temporaneo o permanente, in assenza di criteri legali va liquidato in base alle cosiddette tabelle diffuse dal tribunale di Milano, salvo che il caso concreto presenti specificità, che il giudice ha l'onere di rilevare, accertare ed esporre in motivazione, tali da consigliare o imporre lo scostamento dai valori standard»; cfr., anche, Cass. 20 aprile 2016, n. 7766, in Foro it., 2016, I, col. 2055, con nota di A. Palmieri.

territorio nazionale; allo stesso tempo però sono state mosse alcune obiezioni in quanto, è parso quanto meno poco opportuno attribuire al governo il potere di stabilire i parametri per la quantificazione dei danni provocati nell'esercizio dell'attività sanitaria, considerato che la maggior parte delle strutture sanitarie che erogano prestazioni nel nostro Paese sono pubbliche. Si assiste per questa ragione al paradosso che il soggetto tenuto a risarcire i danni stabilisce i parametri sulla base dei quali liquidare i danni stessi, con evidenti rischi per la parte debole: il paziente<sup>283</sup>.

In conclusione, in termini di quantificazione del danno risarcibile il giudicante dovrà, una volta quantificato il danno effettivamente subito dal paziente sulla base dei parametri contenuti nelle tabelle, procedere a modulare il risarcimento da corrispondere ai sensi dell'art. 7, l. 24/17, facendo riferimento alla condotta tenuta dal medico ed alla misura della sua colpa, avendo come parametro di riferimento il rispetto delle linee guida o buone pratiche di riferimento ed utilizzando come necessario supporto le risultanze della consulenza tecnica di ufficio<sup>284</sup>.

---

283 C. BRUSCO, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017*, n. 24, cit., p. 230.

284 M. ALTOMARE, *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge Gelli-Bianco*, op.cit. p. 22.

## VII. Tentativo obbligatorio di conciliazione

Tra le altre rilevanti novità della riforma Gelli-Bianco vi è, senza dubbio, anche quella di prevedere espressamente degli strumenti di conciliazione in un'ottica di contrasto alla medicina difensiva e al fine di ricercare il componimento tra le parti interessate e ricostruire l'auspicata "alleanza terapeutica".

L'art 8 l.24/2017 infatti, è collocato proprio in questa generale ottica di "prevenzione" della lite -come sostenuto da autorevole dottrina<sup>285</sup>- configurandosi come una ulteriore attuazione dell'art.696 bis c.p.c.<sup>286</sup>. L'art. 8 della L.Gelli introduce un tentativo obbligatorio di conciliazione, qualificato come condizione di procedibilità della domanda, da svolgersi con le modalità della consulenza tecnica preventiva disciplinata dall'art. 696 bis c.p.c.<sup>287</sup> Il legislatore del 2017 ha posto il tentativo obbligatorio di conciliazione come alternativa al procedimento di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/10, e

---

285 In tal senso E.QUADRI e F.GRAZIANO, al convegno Law and Medicine, presso Università di Napoli Federico II Maggio 2016, a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster.

286 L'accertamento tecnico preventivo ex art. 696 bis cpc svolge essenzialmente una funzione deflattiva del contenzioso civile ed è stato ideato non tanto per costituire una prova prima del processo ma una prova in luogo dello stesso, che attraverso tale strumento si tende ad evitare. Infatti, il legislatore nella ideazione dell'istituto ha tenuto presente i due seguenti obiettivi: a) consentire ad un soggetto terzo e neutrale (il CTU) di far conoscere alle parti, attraverso la relazione peritale richiestagli dal giudice, le proprie valutazioni sulla c.d. quaestio facti sottesa alla fattispecie dedotta; b) consentire, quindi, alle stesse di raggiungere una conciliazione mercè un giudizio prognostico sull'esito della lite reso possibile dalle conclusioni delle indagini peritali.

L'istituto sarebbe utilizzabile in tutte le controversie il cui oggetto riguardi la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle parti. Non sarebbe possibile quella che in gergo viene definita "consulenza esplorativa" dovendo il giudice compiere una valutazione di ammissibilità dello strumento processuale, accertando in primo luogo che la richiesta di ATP non sia prima *facie* manifestamente infondata, rendendo così ultroneo l'accertamento in quanto comunque non utilizzabile in alcun giudizio, e poi che la verifica richiesta abbia un grado elevato di fattualità nel senso che il punto di dissidio tra le parti attenga alla questione tecnica oggetto dello stesso accertamento peritale, non residuando, sulla base di un giudizio prognostico, altre questioni controverse fra le stesse.

287 E.QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relative assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.67.

come condizione di procedibilità, per l'effetto, la mancanza del tentativo rende la domanda improcedibile. Dunque, si inserisce, al fine di decongestionare il contenzioso in materia sanitaria, una forma di giurisdizione condizionata, un filtro all'accesso all'organo giurisdicante. La domanda, quindi può essere portata *sub iudice* solo nel caso in cui la conciliazione non riesca o nel caso in cui il procedimento conciliativo non si concluda entro il termine di sei mesi dal deposito del ricorso.

Vanno necessariamente sottolineate alcune criticità di tale scelta normativa. La Corte costituzionale, infatti, ha attenzionato, più volte il suddetto istituto. Il primo argomento addotto, da una certa parte della dottrina, è che la condizione di procedibilità precluderebbe l'accesso alla giustizia ma in verità, tale approccio ricostruttivo appare assolutamente debole; la condizione di procedibilità, infatti, non preclude in assoluto l'accesso alla giustizia, in quanto, dopo il tentativo di mediazione, si può comunque sempre adire il giudice. La Corte costituzionale ha affermato, a più riprese, che la garanzia del diritto di azione tollera dilazioni temporali al suo esercizio, in vista della salvaguardia di interessi generali, come l'alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari<sup>288</sup>. Il secondo argomento addotto è sotto il profilo delle spese della mediazione, infatti, mentre l'attore in mediazione non può evitare di aderire e di pagare le spese del procedimento, il convenuto può farlo, quindi, secondo una ricostruzione dottrinale, sarebbe violato l'art. 3 Cost. stante la discriminazione tra le parti processuali. In verità, anche questo argomento non trova espressi riscontri, in quanto, così opinando, dovrebbe essere incostituzionale anche il versamento da parte dell'attore del contributo unificato al momento dell'iscrizione a ruolo, in correlazione con la contumacia del convenuto. Il terzo argomento di criticità sottolinea che l'organizzazione interna degli organismi di conciliazione, così come è disciplinata dal d. m. n. 180/2010, urta

---

<sup>288</sup> Corte cost. 276/2000, Foro it., 2000, I, 2752.

contro il canone di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione ex art. 97 cost. In particolare, gli aspetti critici sono i seguenti: la determinazione dei criteri che presiedono all'assegnazione delle controversie da parte dell'organismo di conciliazione al singolo mediatore e la determinazione dei criteri che presiedono all'iscrizione agli albi dei mediatori tenuti dagli organismi di mediazione. Anche sotto questo profilo è però possibile ribattere che l'art. 4, 2° comma D. M. 180/2010 prevede una serie di requisiti al fine dell'iscrizione degli organismi di mediazione nel registro ministeriale e, tra questi le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione anche per quanto attiene al rapporto giuridico con i mediatori, nonché i requisiti di onorabilità dei soci, la trasparenza amministrativa e contabile dell'organismo. Pertanto, così come è formulato, la condizione di procedibilità introdotta dalla L.Gelli, sembra resistere alle obiezioni di costituzionalità anche sotto il profilo dell'art. 97<sup>289</sup>. Inoltre, non può essere trascurato il fatto che sussiste un interesse generale che sorregge la costituzionalità della suddetta condizione di procedibilità, ovvero le peculiarità della categoria di controversie in cui questa è prevista. Opportuno, inoltre operare il distinguo tra condizione procedibilità e condizione di proponibilità della domanda, in questo caso, infatti la condizione deve sussistere al momento della proposizione della domanda e non è sanabile retroattivamente in quanto non impedisce *in toto* l'accesso alla tutela giurisdizionale, ma ne condiziona la prosecuzione qualora il tentativo di conciliazione non sia stato espletato; il che vuol dire che si può anche iniziare il giudizio e procedere al tentativo in corso di esso, come prevede l'art. 5 del d.lgs. n. 28/10 e l'art. 8 della legge 24/17.

---

289 Su questa disciplina, S. IZZO, *La mediazione nella disciplina di attuazione*, in *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p.505 nonché Corte cost. 8 aprile 2004, n. 114, in *Giur. cost.*, 2004, 1174, ma anche Corte di giustizia, 18 marzo 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, con nota di G. ARMONE e P. PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*, in *Foro it.*, 2010, V, p.372.

Questo sdoppiamento della fase stragiudiziale tra mediazione e consulenza tecnica preventiva comporta, come vedremo, qualche problema ricostruttivo. L'art. 8 sembra infatti confezionare una disciplina applicabile al solo istituto del tentativo obbligatorio di conciliazione da esso introdotto, con la conseguenza che il procedimento di mediazione resta regolato dalle disposizioni sue proprie. Il legislatore ha costruito il tentativo di conciliazione mediante un rimando secco all'art. 696-*bis* c.p.c., completandone la disciplina con alcune disposizioni dettate nell'ambito dell'art. 8. L'art. 696-*bis*, che disciplina, la consulenza tecnica preventiva ai fini di composizione della lite, si caratterizza per la delega del giudice al perito d'ufficio del compito di verificare l'esistenza dei presupposti per la conciliazione, allo scopo di separare le funzioni giurisdizionali da quelle conciliative. In realtà, oltre al fine conciliativo, tale procedimento ha il fine ulteriore di anticipare una fase dell'istruzione per tutte quelle cause -come per la responsabilità medica- in cui è necessario comunque disporre una consulenza tecnica per accertare e determinare i "crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito". Il ragionamento del legislatore è volto alla semplificazione, una volta ricostruiti i fatti dal c.t.u., il quale avrà anche accertato le responsabilità e quantificato i danni (ferma restando ogni valutazione da parte del giudice), le parti avranno ben chiare le *chances* di successo della causa e saranno indotte a conciliare. Ove, peraltro - specie nei casi più complessi o dubbi, o per quelli nei quali la decisione è condizionata dalla soluzione da dare ad altre questioni, diverse da quelle sottoposte al perito, di fatto o di diritto - gli esiti del futuro contenzioso rimangano aperti, ma allo stesso tempo è possibile affermare che tale tentativo non sarà del tutto vano in quanto sarà possibile acquisire agli atti del giudizio di merito le risultanze della consulenza tecnica. Nella legge n. 24/17, dunque, il legislatore ha *ex ante* ritenuto necessario il ricorso al tentativo

conciliativo attraverso una consulenza tecnica preventiva. Per l'effetto, il ricorso al nuovo tentativo di conciliazione potrebbe risultare inutilmente espletato qualora la consulenza tecnica non sia uno strumento necessario alla soluzione della lite -ad esempio nelle controversie relative al consenso informato- o laddove potrebbe risolversi in uno spreco di attività nei casi in cui, a giudizio introdotto, il giudice avrebbe ritenuto inammissibile o irrilevante il mezzo istruttorio. Sembra, perciò, preferibile ritenere che il giudice possa rigettare il ricorso, salva la facoltà di riproporre l'istanza, ai sensi dell'art. 669-*septies* c.p.c. o di optare per la mediazione, anche su invito del giudice. D'altra parte l'art. 8 si limita a dire che "*è fatta salva la possibilità di esperire in alternativa il procedimento di mediazione*", alternativa che può presentarsi dunque anche là dove la c.t.u. preventiva non venga ammessa dal giudice. Specie se letto in questa prospettiva, non sembra che il tentativo obbligatorio di conciliazione possa incorrere in censure di illegittimità costituzionale<sup>290</sup>. Il giudice dovrebbe farsi garante dell'esigenza che la consulenza tecnica possa aver seguito solo nei casi in cui la stessa appaia necessaria alla decisione della causa. Parimenti, il giudice dovrà aver cura di vagliare attentamente le allegazioni del ricorrente, onde evitare di ammettere consulenze esplorative, evitando di avallare iniziative esclusivamente strumentali. Il che, evidentemente, accresce l'onere del ricorrente di allegare tutte le circostanze di fatto e di diritto necessarie per consentire al giudice il sindacato di ammissibilità e rilevanza della consulenza nel caso specifico. Quanto alla durata del procedimento, la stessa è fissata nel termine massimo di sei mesi, tre in più rispetto alla mediazione. Ciò senza dubbio corrisponde a un onere maggiore per le parti ma, tenuto conto della finalità non solo conciliativa ma anche anticipatoria della fase istruttoria, può ritenersi che il tempo

---

290 F.TODESCHINI, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla "Balduzzi"*, in *Quotidiano giuridico*, Ipsoa, 1.3.2017.

necessario al suo svolgimento venga in misura corrispondente recuperato nel corso del successivo giudizio. Il che, rappresenta un ponderato equilibrio tra il diritto di accedere alla tutela giurisdizionale e l'esigenza di prevenire l'instaurazione di nuove liti nella *subiecta materia*.

La norma in esame ha, peraltro, un precedente nell'art. 445-*bis* c.p.c., che stabilisce un'analogia condizione di procedibilità nel ricorso ex art. 696-*bis* per le controversie previdenziali in materia di invalidità. Tuttavia, in quel caso il rinvio è espressamente previsto nei limiti della compatibilità, dettando l'art. 445-*bis* una serie di disposizioni assai peculiari per la tipologia di controversie considerate. Comune è però la *ratio* della obbligatorietà, volta a evitare il proliferarsi di contenziosi risolvibili con l'espletamento anticipato di una consulenza tecnica. Sembra potersi concludere, sul punto, come vi sia l'esistenza di un doppio regime tra c.t.u. preventiva e mediazione, anche se non sembra vi siano controversie sulla responsabilità medica soggette a termini di decadenza<sup>291</sup>.

---

291 La scelta di concentrazione adottata dal legislatore emerge anche dal fatto che l'azione in sede giurisdizionale sia stata prevista con le forme del procedimento sommario di cognizione. Anzitutto, si osserva che a norma del terzo comma dell'art. 8 della legge, il ricorso deve essere presentato non già al giudice astrattamente competente, bensì "presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1", cioè al medesimo giudice che ha trattato l'istanza di c.t.u. preventiva. Se questo può avere un senso sotto un profilo di economia processuale e di opportunità, nonostante per giudice si debba intendere l'ufficio e non la persona fisica del magistrato, la soluzione di imporre la competenza del giudice della fase stragiudiziale appare una novità a livello normativo. Se leggiamo infatti l'art. 696-*bis* nulla si dice sulla competenza, dovendosi guardare al già citato art. 693, a norma del quale l'istanza di istruzione preventiva si propone con ricorso al giudice competente per la causa di merito. Nessuna norma però impone che il successivo giudizio di merito debba essere instaurato davanti allo stesso giudice, potendosi alternativamente adire un altro foro competente in base ai criteri ordinari (ma, in senso diverso, per le misure cautelari si v. le già citate sentenze di cui alla precedente nota). Ecco, dunque, che questa nuova norma sembra raccogliere le suggestioni della giurisprudenza e stabilire un nesso indissolubile tra consulenza preventiva e merito che non trovava, altrimenti, alcun addentellato normativo. La novella, nell'imporre il procedimento sommario e nel richiamare gli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., non sembra escludere però che il giudice possa (ai sensi del terzo comma dell'art. 702-*ter*) disporre il mutamento del rito allorché la causa necessiti di una istruttoria non sommaria. Sebbene sia previsto dal legislatore come obbligatorio, pertanto, il rito sommario non risulta necessitato, come accade invece per le controversie contemplate dal d.lgs. n. 150 del 2011 (per le quali è escluso il potere del giudice di mutare il rito). Nondimeno, la *ratio* della scelta pare



L'art. 8, comma 4, con una disposizione sicuramente problematica, afferma che *“la partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all'art. 10, che hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla”*, questa norma avrebbe lo scopo di far sedere al tavolo tutti i “protagonisti della scena” per una celere risoluzione della lite<sup>292</sup>. Essa è apparsa, in particolare, finalizzata a rendere effettiva la partecipazione delle imprese di assicurazione imponendo loro l'obbligo di formulare la proposta, come avviene (sia pure a diverse condizioni) nel settore della responsabilità civile auto, dove pure sussiste un obbligo di risposta motivata alla richiesta del danneggiato di essere risarcito. Si segue anche qui la strada dell'obbligo di partecipazione come nella mediazione obbligatoria, ma in questo caso la sanzione è quella del

---

analoga a quella che ha ispirato il legislatore nel 2011. Giova infatti ricordare come, a mente dell'art. 54 della legge n. 69/09, il procedimento sommario di cognizione sia stato considerato come uno dei tre archetipi fondamentali di processo, insieme al rito ordinario e al rito laburistico. Il criterio distintivo, utilizzato dal legislatore delegante, era quello di accomunare nel rito sommario i “procedimenti, anche se in camera di consiglio, in cui sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa”. Un criterio quanto mai ampio e generico, che il legislatore delegato ha infine applicato riconducendo a tale rito anche procedimenti che possono agevolmente concludersi a seguito di un'istruttoria basata su perizie tecniche (si v. l'art. 29 per le controversie aventi a oggetto l'opposizione alla stima nelle espropriazioni per pubblica utilità). Il legislatore ha quindi ritenuto riconducibile a tale schema anche le controversie sulla responsabilità dei medici, dopo che una consulenza tecnica preventiva ne abbia già accertato l'esistenza e liquidato i relativi danni, fermo restando che il processo potrà essere istruito anche con altri mezzi di prova, anche orali, con le modalità semplificate ammesse dal procedimento sommario. E' quanto accade del resto in altri paesi, come in Francia, dove analoghi scopi di rapidità ed economia processuale sono perseguiti facendo seguire a un *référé probatoire* un *référé provision* (ma in tal caso senza le garanzie del giudicato che sono invece accordate all'ordinanza decisoria del rito sommario nostrano) E, d'altra parte, i primi commenti sembrano aver accolto con favore tale previsione, volta a raccogliere la positiva esperienza di prassi già invalse. In tal senso Cass. 24.7.2007, n. 16328, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 849 ss., con nota critica di Corea; Cass. 9.2.2009, n. 3119, ivi, 2010, 236 ss. con nota critica di E.F. Ricci. In dottrina, per tutti, Vullo, *Procedimenti cautelari in generale*, Bologna, 2017, 42. Nonche' Hazan, Centonze, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, 75 ss.

292 Hazan, Centonze, *op.cit.*

pagamento delle spese di lite e di una pena pecuniaria, cui sembra che il giudice non possa sottrarsi<sup>293</sup> Nel caso della mediazione, invece, vi è una duplice sanzione per la parte che non partecipi al procedimento: da un lato, la condanna al pagamento di una somma pari al contributo unificato in favore del bilancio dello Stato, dall'altra, la possibilità che il giudice desuma argomenti di prova da tale condotta ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c. A parte l'intervento dell'IVASS per la compagnia di assicurazione che ometta di formulare (o motivare il rifiuto della) proposta di risarcimento, nessuna sanzione è invece prevista in caso di rifiuto della proposta da parte del danneggiato o di mancato accordo conciliativo, al contrario di quanto avviene nella mediazione (art. 13 d.lgs. n. 28/10), non essendo prevista in questo caso la possibilità per il perito di formulare una proposta conciliativa. Naturalmente, la scelta di non comparire sarà sconveniente posto che i risultati della consulenza preventiva saranno opponibili a tutti i soggetti "convenuti". Si è però osservato come non sia chiaro chi siano "tutte le parti", specie nei casi in cui possono ricorrere responsabilità distribuite tra una pluralità di sanitari o di strutture sanitarie. In realtà, deve ritenersi che la disposizione si riferisca semplicemente a coloro che nel ricorso sono individuati come responsabili e verso i quali il danneggiato intende instaurare un giudizio: la struttura sanitaria, il medico (in aggiunta o in alternativa), gli altri sanitari coinvolti, la compagnia di assicurazione, quest'ultima anche in caso di azione diretta, e allora sarà necessario coinvolgere nel procedimento conciliativo anche gli assicurati. Saranno quindi indotti a costituirsi anche quelle strutture sanitarie che, in precedenza, affidavano la lite alle compagnie di assicurazione, e che oggi dovranno partecipare se vorranno evitare le sanzioni previste dall'art. 8 nel successivo

---

293 Il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che a una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte comparsa.

giudizio di merito (in cui è previsto, come si dirà oltre, in caso di azione diretta verso la compagnia, il litisconsorzio necessario dell'assicurato con l'assicuratore).

In conclusione, l'accesso al giudizio di responsabilità è oggi subordinato all'espletamento di una fase stragiudiziale prevista, alternativamente, nelle forme della mediazione obbligatoria e della c.t.u. preventiva. Quest'ultima si aggiunge alla prima in ragione della sua scarsa incidenza sul contenzioso sanitario, sul presupposto che le parti potranno essere maggiormente invogliate a definire la controversia dopo aver conosciuto gli esiti della consulenza tecnica d'ufficio che, identificando le responsabilità e liquidando i danni, costituisce in molti casi un'anticipazione del contenuto della sentenza. La mediazione viene tuttavia mantenuta, verosimilmente anche per quei casi che non necessariamente implicano lo svolgimento di una perizia, e nulla vieta che si possano seguire entrambe le strade (prima la mediazione e poi la c.t.u. o viceversa, ma facendo attenzione in tale seconda ipotesi al termine di 90 giorni per iniziare il giudizio, pena la perdita degli effetti della domanda).

Tra i vari elementi che potranno essere soppesati ai fini della scelta vi è anche la durata che, relativamente breve per la mediazione (tre mesi), si raddoppia per la c.t.u. preventiva (sei mesi). Ma, soprattutto, la scelta della c.t.u. preventiva impone il successivo svolgimento del giudizio secondo il modello del rito sommario e la competenza predeterminata dal giudice del foro in cui si svolge la fase conciliativa, circostanze che pure dovranno essere oggetto di ponderata valutazione da parte dell'attore<sup>294</sup>.

---

294 G.OLIVIERI, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria* in Iudicum, 2017.

## VIII. La riduzione delle occasioni di danno, il risk management.

L'intervento normativo del 2017, come evidenziato, ha inteso operare una risistemazione della materia sanitaria dettando disposizioni precise e di rottura anche con i pregressi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali come la scelta di ricondurre la responsabilità medica alla categoria dell'illecito aquiliano. Allo stesso tempo, il legislatore ha inteso contrastare in maniera decisa la gravosa pratica della medicina difensiva ma anche intervenire a monte, con strumenti conciliativi, come il tentativo di mediazione obbligatori e pratiche di gestione del rischio sanitario.

Opportuno, in una ottica preventiva, e' ridurre le occasioni di danno, controllando l'errore sanitario.

Il principio cardine e' che la sicurezza delle cure e' parte costitutiva del diritto alla salute e, per tale ragione, va perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività<sup>295</sup>. Nell'economia di qualsiasi intervento sanitario, almeno se si intenda perseguire un soddisfacente grado di organicità è necessario un sistema di risk management. *Risk Management*, o altrimenti definito in ambito Sanitario, *Gestione del Rischio Clinico*, identifica i pericoli potenziali/minacce ai quali è sottoposta "l'impresa" lo scopo è quello di definire e quantificare gli ipotetici scenari di rischio e formulare le contromisure più idonee, perseguendo obiettivi aziendali strategici<sup>296</sup>.

Il continuo aumento dei sinistri e delle richieste di risarcimento danni in ambito sanitario, correlato sia alla continua crescita degli incidenti/eventi critici in ambito clinico, sia al mutato atteggiamento culturale dell'opinione pubblica, ha condotto negli ultimi anni ad un

---

295 On. Gelli, intervento al Convegno "Il futuro della responsabilità medica", Pisa, CNR, 01.04.16.

296 Vincent C. Clinical Risk Management; 2001 BMJ Books, London; Seconda edizione ed anche Reason J. Human error; 1990 Cambridge University Press. Edizione italiana: L'errore umano; Editore Il Mulino, Bologna.

incremento rilevante dei premi assicurativi per le Aziende Ospedaliere, ASL e Case di Cura, aggravate da oggettive difficoltà da parte delle stesse, ad ottenere un'adeguata copertura assicurativa. Cruciale, per questa ragione l'attività di Risk Management, processo decisionale che coinvolge considerazioni di ordine politico, sociale, economico e tecnico, mediante una ponderata analisi e valutazione dei rischi. La gestione del Rischio Clinico, o altrimenti detto Risk Management, nasce negli Stati Uniti con lo scopo di ridurre la tendenza dei ricorsi legali dei pazienti che hanno avuto "incidenti clinici" non previsti che si verificano durante i trattamenti sanitari a cui sono stati sottoposti<sup>297</sup>. L'esigenza di prevenire il contenzioso nelle attività sanitarie, prima ancora di gestirne le conseguenze, ha indotto studi specifici sul tema, sempre più numerosi nel corso degli ultimi anni e giustifica il nascente interesse del legislatore in questo settore.

Pertanto, va premesso che quando si affronta il tema del rischio clinico è necessario soffermarsi nel definire l'errore e i danni che ne possono derivare per il paziente. In letteratura è possibile ritrovare molte definizioni di "errore" e di "evento avverso". L'errore può causare un evento avverso, cioè un evento indesiderabile che comporta un danno al paziente non dovuto alle sue condizioni cliniche, ma correlato al processo assistenziale. L'evento avverso è, quindi, per sua natura, indesiderabile, non intenzionale, dannoso per il paziente ma allo stesso tempo è "prevenibile". Una delle distinzioni più importanti è quella tra errore (o insufficienza) attivo ed errore (o insufficienza) latente. L'errore attivo è per lo più ben identificabile, prossimo, in senso spaziotemporale, al verificarsi dell'evento avverso; spesso è riconducibile ad un'azione sbagliata commessa da un operatore o ad un incidente, ad esempio il malfunzionamento di

---

297 Brennan TA, Leape LL, Laird NM, Herbert L, Localio R, Lawthers AG, Newhouse JP et al. Incidence of adverse events and negligence in hospital patients. New England J. of Medicine;1991, p.324.

una strumentazione. Gli errori latenti sono invece, per lo più, insufficienze organizzative-gestionali del sistema, che hanno creato le condizioni favorevoli al verificarsi di un errore attivo. La somministrazione di un farmaco sbagliato, per esempio è un errore attivo commesso da un operatore, facilmente identificabile come un comportamento sbagliato che causa un danno, ma è necessario ripercorrere tutte le fasi del processo di lavoro, per individuare le circostanze che, direttamente o indirettamente, lo hanno reso possibile. Ad esempio, nel caso di un errore di somministrazione farmacologica, potrebbero essere identificati, come insufficienze latenti nel sistema: un sistema di prescrizione/trascrizione manuale della terapia, un sistema di conservazione dei farmaci che rende possibile lo scambio di fiale, un insufficiente addestramento del personale. Se può essere relativamente semplice individuare l'errore attivo, può essere invece piuttosto complesso individuare tutte le insufficienze latenti presenti nel sistema: un errore nel sistema è molto probabile che induca una successione di altri errori, "secondari" e consequenziali al primo. L'effetto degli errori secondari può essere così evidente e rilevante da eclissare la gravità e la possibilità di identificare e rilevare l'errore "primitivo".

L'impegno per la promozione della sicurezza del paziente coinvolge, a vario titolo e con diversa responsabilità, tutti i soggetti del "sistema salute". A livello istituzionale l'attività di gestione del rischio clinico viene sviluppata a tutti i livelli di programmazione e controllo sanitario: nazionale, regionale, aziendale e di singole strutture operative. Il Ministero della Salute nel 2003 ha istituito una Commissione tecnica che ha prodotto il documento *"Risk management in sanità. Il problema degli errori"* ed ha realizzato una prima indagine volta a conoscere lo stato di implementazione del sistema di gestione del rischio clinico nelle aziende sanitarie. Nel periodo 2004-2006, il Gruppo tecnico ha elaborato un sistema per la

segnalazione degli eventi sentinella, alcune raccomandazioni per la prevenzione e la gestione degli stessi ed altre iniziative presenti nel portale del Ministero della salute. Alcune regioni hanno incluso questo tema negli indirizzi di programmazione e si sono dotate di specifici piani attuativi. A livello di singole aziende sanitarie sono state costituite unità di gestione del rischio clinico, gruppi interdisciplinari e multiprofessionali preposti al coordinamento delle attività di identificazione del rischio clinico ed alla analisi e programmazione di interventi migliorativi. Alcune società scientifiche ed ordini professionali hanno elaborato proprie politiche e strategie per la diffusione di conoscenze e di strumenti ed hanno avviato interventi formativi.

La L.Gelli, si colloca in questo scenario prevedendo idonei meccanismi di monitoraggio dei rischi sanitari. L'art. 1 della l.2017, infatti, precisa che il diritto alla salute viene assicurato anche attraverso la prevenzione e gestione del rischio connesso alla erogazione delle prestazioni sanitarie. Alle attività di prevenzione del rischio è tenuto a partecipare tutto il personale sanitario ed è inoltre prevista l'istituzione, in ogni regione, di un Centro per la Gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente che raccoglie i dati regionali sui rischi clinici e li trasmette regolarmente all'osservatorio nazionale delle buone pratiche della sicurezza e della sanità. Vengono, dunque elaborati dei meccanismi di monitoraggio dei rischi sanitari attraverso consistenti flussi di dati da sistematizzare in maniera piramidale e oggetto di precisa osservazione. Ulteriore garanzia della gestione del rischio clinico viene riscontrata nella introduzione di un Garante del Diritto alla Salute, una sorta di Difensore Civico, al quale i cittadini possono, gratuitamente, rivolgersi per la segnalazione di qualsivoglia errore e disfunzione. Sebbene da una certa parte della dottrina<sup>298</sup>, l'introduzione di questa figura si stata vista come propagandistica/simbolica non è però

---

298 E.QUADRI, *op.cit.*

possibile negare, almeno sotto il profilo degli intenti, una particolare attenzione della L.Gelli al rischio clinico. Emerge chiaramente che il legislatore del 2017 ha inteso razionalizzare la raccolta del flusso di dati anche al fine di garantirne un maggiore controllo. Pertanto, anche sotto questo profilo, la nuova normativa pare sicuramente propensa verso un deciso intervento nel settore al fine di arginare le derive della medicina difensiva e con l'obiettivo di preservare al meglio il diritto alla salute anche attraverso una indagine sull'errore sanitario che passa attraverso il risk management.



#### **IV. La legge Gelli-Bianco dal punto di vista assicurativo.**

Come precedentemente osservato, nel corso degli ultimi decenni l'evoluzione della tecnologia in materia sanitaria e la modifica del rapporto medico/paziente-frutto anche di una modifica sociale- ha contribuito ad incrementare il gravoso fenomeno della medicina difensiva. Conseguenza inevitabile è stato massiccio incremento del numero di sinistri, nel corso degli ultimi anni, nell'ambito della responsabilità professionale "sanitaria" e la reazione delle compagnie assicurative le quali, per far fronte all'aumento esponenziale del costo dei risarcimenti, hanno in alcuni casi abbandonato del tutto il settore e in altri casi avviato misure di "autotutela" volte ad imporre elevate franchigie a carico degli assicurati congiuntamente ad una serie di clausole tendenti a delimitare la copertura assicurativa.

In tale contesto si inserisce, dopo alcuni - disorganici - interventi legislativi, la legge 8 marzo 2017, n. 24, entrata in vigore il 1° aprile, la quale introduce una rete di "copertura assicurativa obbligatoria", a carico delle strutture e degli esercenti le professioni sanitarie, idonea, nelle intenzioni del legislatore, a porre rimedio alle storture del sistema arginando il perdurante ricorso alla c.d. "medicina difensiva" e garantendo il pieno ristoro dei danni cagionati ai pazienti.

In quella definita dal relatore Gelli "una data che resterà nella storia della sanità italiana"<sup>299</sup> è stato, infatti, approvato un provvedimento che mira, attraverso la previsione dell'obbligatorietà dell'assicurazione, da un lato a preservare gli operatori sanitari- i quali, per l'effetto, saranno meno dediti a prescrivere prestazioni sanitarie unicamente finalizzate a prevenire il contenzioso ed

---

<sup>299</sup> In tal senso l'On. GELLI nel convegno *"Il futuro della responsabilità medica"*, Pisa, CNR, 01.04.16.

indirizzeranno i loro sforzi alla sola cura degli assistiti - e, dall'altro lato, a permettere un maggior controllo del rischio.

Volendo delineare quello che è stato, sino ad ora, il quadro normativo nel campo medico/assicurativo, non è possibile prescindere dalla descrizione di una disorganicità regolamentare che ha reso necessaria la rivisitazione dell'intera materia.

Il primo intervento, che ha posto a carico delle amministrazioni l'obbligo di assicurare le strutture ospedaliere, è stato l'art. 29 del D.P.R. 130/1969, il quale ha previsto una forma di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile al fine di garantire l'ente ed il personale dipendente<sup>300</sup>.

A questo intervento normativo, ha fatto seguito prima la legge n. 148/2011, che ha previsto l'obbligatorietà della polizza per i professionisti sanitari (escludendo, però, quelli che operano nell'ambito di un rapporto di lavoro dipendente con il servizio sanitario nazionale) e la legge n. 189/2012 (c.d. legge Balduzzi) la quale, pur creando un nuovo meccanismo assicurativo sotto la forma del "Fondo di Garanzia", ha escluso da esso le strutture sanitarie, vanificando, di fatto, l'effettiva tutela del paziente.

In particolare, il Fondo, attuativo dell'art. 3, comma 5, lett e), della legge n. 148/2011, avrebbe dovuto agevolare l'accesso alla copertura assicurativa dei sanitari ma, in assenza della dovuta regolamentazione, il Consiglio di Stato<sup>301</sup> ha statuito la "non obbligatorietà" per gli esercenti la professione sanitaria di dotarsi dell'assicurazione professionale di cui alla legge suindicata. Con il decreto legge n. 90 del 24 giugno 2014, infine, l'assicurazione per la responsabilità civile delle strutture sanitarie, ai sensi dell'art. 27 comma 1-bis, è diventata obbligatoria<sup>302</sup>

---

300 Copertura resa però facoltativa con il D.P.R. 761/1979 e, successivamente, disapplicata con il CCNL del 7 aprile 1999.

301 Cds Sez.III parere 2011 n.86

Dunque, dal momento che la L.2017 aveva come obiettivo un intervento di totalitaria riforma del settore sanitario e della responsabilità civile del medico e non ha potuto in alcun modo tralasciare uno degli aspetti fondamentali di tale attività professionale: la copertura assicurativa.

Lo strumento assicurativo, infatti, come osservato da autorevole dottrina, segue il profondo mutamento della responsabilità civile garantendo una tutela sempre più profonda dei diritti irrinunciabili dei singoli.<sup>303</sup> Il metodo operativo del settore assicurativo è quello della collettivizzazione economica dei rischi al fine di realizzare un perfetto equilibrio tra esigenze diametralmente opposte ovvero, da un lato, risarcire la vittima di danni ma, dall'altro non rinunciare al progresso in settori delicati quali quello medico.

Paradigmatico, in tal senso, è il settore automobilistico dove è obbligatoria l'assicurazione da ambo i lati. L'obbligo dell'assicurazione per la responsabilità civile degli autoveicoli, infatti, venne istituito in Italia con la Legge 24 dicembre 1969 n.990), il cui articolo 1 recita testualmente: *“I veicoli a motore senza guida di rotaie, compresi i filoveicoli e i rimorchi non possono essere posti in circolazione su strade di uso pubblico o su aree a queste equiparate se non siano coperti secondo le disposizioni della presente legge, dall'assicurazione per la responsabilità civile verso terzi prevista dell'art. 2054 del c.c”* .

Ma il sistema normativo, in materia automobilistica, risulta perfettamente congegnato, in quanto prevede un vero e proprio obbligo di assicurare in capo alle compagnie assicuratrici che si

---

302 La norma recita testualmente: “A ciascuna azienda del servizio sanitario nazionale (SSN), a ciascuna struttura o ente privato operante in regime autonomo o accreditato con il SSN e a ciascuna struttura o ente che, a qualunque titolo, renda prestazioni sanitarie a favore di terzi è fatto obbligo di dotarsi di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi (RCT) e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera (RCO), a tutela dei pazienti e del personale. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”.

303 E.QUADRI, *op.cit.*

atteggia come un limite legale all'autonomia negoziale, trattandosi di un obbligo a contrarre<sup>304</sup> oltre che un obbligo dei proprietari dei veicoli di assicurare il proprio mezzo. Su tale modello, almeno nella intenzione del legislatore, si è inteso congegnare anche il sistema assicurativo in materia sanitaria ma, le differenze con la R.C.A. appaiono in evidenti.

---

304 L'Assicurazione obbligatoria dei veicoli e dei natanti nasce con la l. del 24 dicembre 1969, n. 990 (designata con la sigla R.C.A.). Questa legge è entrata in vigore il 12 giugno 1971, 180 giorni dopo la pubblicazione del relativo regolamento di esecuzione del 24 novembre 1970, n. 973

L'Italia è stato l'ultimo paese della Comunità economica europea e degli stati occidentali ad avanzata industrializzazione ad adottare il sistema dell'assicurazione obbligatoria adottando una disciplina normativa che, pur guardando ai sistemi assicurativi d'oltralpe, specie quello francese, presenta delle peculiarità. La scelta del legislatore italiano si è orientata verso l'immediata e integrale adozione del sistema dell'assicurazione obbligatoria, superando, da un lato, le suggestioni di coloro che intendevano limitarsi a provvedere, con un apposito fondo, al risarcimento dei danni nei casi in cui fosse mancata o fosse inoperante l'assicurazione volontaria (responsabile sconosciuto o non solvibile o non assicurato o non sufficientemente assicurato) ed evitando, dall'altro, soluzioni radicali rivolte a superare lo stesso ordinario strumento contrattuale assicurativo, affidando a una gestione pubblica il compito di provvedere in ogni caso alle vittime della strada. A questo risultato ha decisamente contribuito l'adesione italiana alla convenzione di Strasburgo del 20 aprile 1959, le cui prescrizioni risultano pienamente osservate dalla l. n. 990 del 1969, che per molti aspetti si spinge al di là del contenuto minimo della convenzione medesima. Lo scopo fondamentale che si è voluto raggiungere con l'introduzione dell'a. obbligatoria della responsabilità relativa alla circolazione degli autoveicoli e dei natanti non è certamente quello di soddisfare l'interesse del soggetto responsabile a stornare dal proprio patrimonio le conseguenze della propria responsabilità, ma quello di soddisfare l'interesse del danneggiato a ottenere la riparazione del danno subito senza propria responsabilità o non dovuto a forza maggiore o a caso fortuito. Ciò che ha consentito di utilizzare, per raggiungere questo scopo, lo strumento dell'assicurazione della responsabilità è proprio la circostanza che non si è ritenuto di dover tutelare l'interesse di coloro che sono esposti al rischio della strada tutte le volte che il danno è imputabile allo stesso danneggiato. Qualora si fosse, invece, ritenuto di dover proteggere il danneggiato anche in questi ultimi casi, lo strumento idoneo non sarebbe stato l'assicurazione della responsabilità, bensì l'assicurazione diretta del danno alla persona (ed, eventualmente, anche alle cose), com'è accaduto da tempo per la copertura del rischio degli infortuni sul lavoro. Occorre tuttavia tenere presente a questo riguardo la particolare disciplina della responsabilità extra contrattuale per i danni derivanti dalla circolazione dei veicoli, disciplina contenuta nell'art. 2054 cod. civ., secondo il quale, da un lato, il conducente è responsabile dei danni a persone e a cose se non prova "di aver fatto tutto il possibile per evitare" i danni medesimi e, dall'altro, il proprietario del veicolo (o, in sua vece, l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio) è responsabile in solido col conducente se non prova "che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà". L'evidente difficoltà per il conducente e per il proprietario di dare una simile prova liberatoria fa sì che, di fatto, essi non possano ordinariamente evitare le conseguenze della loro presunta responsabilità.

Alla luce di queste brevi considerazioni è sicuramente possibile affermare che la l. Gelli ha il pregio di aver introdotto novità significative nel settore per fronteggiare la “fuga” assicurativa in materia medica. Infatti, proprio la crisi dell’assicurazione della responsabilità sanitaria, come osservato, ha costituito una delle ragioni del patologico fenomeno della medicina difensiva in quanto, nel corso degli ultimi venti anni, si è registrato un considerevole

---

I sinistri stradali per i quali in concreto non entra in gioco la responsabilità diretta del conducente e quella solidale e indiretta del proprietario costituiscono, pertanto, casi in certo senso marginali e tali comunque da non destare un allarme sociale che giustifichi particolari provvedimenti. Tuttavia la l. n. 990, pur avendo scelto lo strumento contrattuale della responsabilità del danneggiante per la tutela dell'interesse del danneggiato, non ha esitato a ricorrere a mezzi più incisivi, non esclusa l'assicurazione ex lege e diretta del danno, superando cioè la logica dell'assicurazione della responsabilità, tutte le volte che quest'ultima non è stata ritenuta in grado di soddisfare pienamente e rapidamente la suddetta finalità fondamentale.

Diversi sono gli strumenti che caratterizzano il sistema assicurativo italiano, in primis, l'estensione integrale del sistema dell'assicurazione obbligatoria autoveicoli e delle connesse garanzie di risarcimento a beneficio del danneggiato anche ai rischi relativi alla navigazione dei motoscafi e di determinate altre categorie di imbarcazioni, vale a dire a ogni tipo di circolazione motorizzata sulle strade e nelle acque costiere e interne; la massima utilizzazione dell'ordinario strumento contrattuale dell'assicurazione della responsabilità per la soddisfazione immediata e diretta dell'interesse del danneggiato, limitando tuttavia l'obbligo di tale assicurazione a determinati massimali, fissati dalla legge con riferimento al tipo di veicolo, al sinistro nel suo complesso, nonché alla natura del danno (persone, cose o animali); l'estensione della garanzia a casi estranei all'ordinaria a. di responsabilità (sinistri dolosi secondo una non sicura interpretazione della legge) o addirittura allo stesso ordinario regime della responsabilità del proprietario del veicolo (circolazione *prohibente domino*); la garanzia di risarcimento del danno nei limiti suddetti (e quindi a. diretta ed ex lege del danno medesimo) in tutti i casi in cui non esiste o non opera l'assicurazione della responsabilità (veicolo o natante non identificato o non coperto da a. o assicurato presso impresa insolvente) e creazione a questo scopo di un apposito "Fondo di garanzia per le vittime della strada", alimentato dalle imprese di a. della responsabilità civile autoveicoli con una percentuale dei premi incassati per questo ramo; l'attribuzione al danneggiato di un'azione diretta nei confronti dell'assicuratore, non soltanto nei casi in cui esiste un valido ed efficace contratto di a. della responsabilità, ma anche nei casi in cui, per qualunque ragione, la relativa garanzia non sarebbe operante secondo la legge ordinaria (immunità del diritto del terzo danneggiato da qualsiasi eccezione contrattuale); l'unità del rapporto contrattuale nel caso di stipulazione di un'a. della responsabilità che vada al di là dei massimali minimi indicati dalla legge per l'a. obbligatoria; l'introduzione del controllo da parte della pubblica amministrazione delle tariffe dei premi e delle condizioni generali di polizza, subordinando la legittimità dei premi e delle seconde ad apposita approvazione del ministro per l'Industria. In caso di mancata approvazione delle tariffe presentate dall'impresa, è prevista l'adozione ex lege di tariffe formate ex officio; l'affidamento all'impresa pubblica di a. (Istituto nazionale delle assicurazioni) di funzioni integrative di notevole rilievo per il conseguimento delle finalità dell'a. obbligatoria e per il funzionamento del sistema introdotto dalla

aumento del numero di sinistri per *malpratiche* medica e, per l'effetto, dell'importo medio dei risarcimenti richiesti con l'abbandono del settore da parte delle compagnie assicuratrici e l'aumento -indiscriminato- dei premi di polizza<sup>305</sup>.

In chiave comparatistica, si può osservare che il fenomeno trova riscontro anche nel Regno Unito ed in Francia. In questi stati, infatti, si è assistito ad una interpretazione della responsabilità medica con caratteri sempre più marcati di *strict liability* o *responsabilità quasi san faute*, ovvero una sorta di responsabilità oggettiva in materia sanitaria che ha generato lo stesso fenomeno difensivo che si è realizzato in Italia, con il conseguente aumento dei premi assicurativi nel settore sanitario. Ma un impatto di questo tipo in un settore tanto delicato quanto indispensabile, come quello della sanità pubblica, ha determinato, in altri stati, un immediato intervento del legislatore con provvedimenti volti a riconoscere i *non economic damage*, grazie ai quali è stato possibile ricreare un equilibrio in un settore tanto delicato quanto complicato.

Nel nostro sistema, invece, questa sorta di automatismo nella liquidazione dei danni non patrimoniali a seguito di un intervento sanitario con esito infausto, hanno contribuito a rendere il settore sanitario poco redditizio per le compagnie assicurative con una conseguente fuga dallo stesso.

Il legislatore del 2017, dunque, è stato chiamato a ricostruire questo difficile equilibrio da un lato, preservando gli operatori sanitari evitandone una sovraesposizione a responsabilità a seguito di iniziative risarcitorie, dall'altro, tutelando i pazienti e garantendo a

---

legge speciale: in particolare, la gestione del Fondo di cui sopra, nonché la tenuta di uno speciale conto consortile al quale tutte le imprese autorizzate all'esercizio dell'a. della responsabilità civile autoveicoli sono obbligate a cedere una quota (2%) di tutti i rischi assunti, al fine di consentire all'autorità di controllo di seguire l'andamento dei rischi assunti con l'a. obbligatoria e di trarne gli elementi statistici necessari alla valutazione della congruità delle tariffe dei premi ai fini della loro approvazione.

305 M.HAZAN-D.ZORZIT, *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, Giuffrè, Napoli, p.225 ss.

questi un adeguato ristoro in caso di lesione di un diritto fondamentale quale quello alla salute.

## **X. L'obbligo assicurativo:art. 10 legge 24/2017**

L'art. 10 della L.Gelli-Bianco rappresenta sicuramente una grande novità del settore. Questa disposizione normativa, infatti, intende delineare il quadro delle tutele per il ristoro del danno sanitario in coerenza con la disciplina della responsabilità civile delineata dall'intervento riformatore. Alla luce di ciò, con il dichiarato intento di stabilizzare lo squilibrio che si è, negli anni, venuto a creare, e con la volontà di rimettere a soggetti economicamente più solidi la domanda risarcitoria dei danneggiati, la legge Gelli è intervenuta, attraverso l'art. 10, rendendo "obbligatoria" l'assicurazione in campo medico. La norma, infatti, impone inequivocabilmente a tutte le strutture sanitarie e socio sanitarie, pubbliche e private, di essere provviste di una adeguata copertura assicurativa o di analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e prestatori d'opera, anche a copertura dei danni cagionati dal personale sanitario a qualunque titolo, inclusi gli operatori sanitari praticanti in regime di libera professione intramuraria o in convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale, nonché attraverso la telemedicina. Attraverso l'introduzione di questo obbligo, si è adeguata la nostra normativa a quella in vigore nella maggior parte dei paesi Europei.

Le strutture dovranno poi tutelarsi dalla responsabilità extracontrattuale verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie, nell'ipotesi in cui il danneggiato esperisca l'azione direttamente contro di loro. Resta, invece, a carico del sanitario che esercita la propria attività al di fuori delle suddette strutture, sia che vi operi in regime libero-professionale, sia che si avvalga delle stesse nell'adempimento di un'autonoma obbligazione contrattuale assunta con il paziente, l'obbligo dotarsi di idonea copertura assicurativa.



Allo stesso modo, il sanitario che a qualunque titolo operi in strutture sanitarie pubbliche o private dovrà stipulare, “con oneri a proprio carico”, una polizza professionale per colpa grave a garanzia dell’azione di rivalsa dell’azienda.

Al fine, dunque, di avere contezza del soggetto al quale il paziente-danneggiato dovrà rivolgersi per ottenere il ristoro dei danni subiti, è necessario verificare con chi lo stesso abbia instaurato il rapporto. Ove, infatti, si sia rivolto alla struttura, non scegliendo l’operatore sanitario, sarà la struttura stessa a rispondere dei comportamenti colposi dell’operatore. Nell’eventualità, invece, in cui vi sia stato un rapporto diretto tra paziente e operatore sanitario, il quale abbia solamente utilizzato locali e attrezzature della struttura, dei propri errori risponderà direttamente il sanitario responsabile, venendo quest’ultimo a qualificarsi quale “libero professionista”. Dunque, secondo quanto previsto dalla L.Gelli, tutte le strutture, siano esse pubbliche o private, sono tenute ad acquistare una polizza assicurativa o a munirsi di uno strumento equivalente per coprire la responsabilità propria e per fatto del personale a qualunque titolo operante al loro interno, fatta solo eccezione per coloro che svolgono tale attività in maniera libero professionale, avvalendosi della struttura stessa, nell’adempimento di una obbligazione contrattuale assunta direttamente con il paziente. Quindi, se l’operatore sanitario svolge la propria mansione come dipendente o in regime intramurario, è la struttura a prendersi carico dei danni eventualmente causati ai pazienti e ai terzi, assai similmente a quanto accade in altri paesi d’Europa per applicazione della cosiddetta *vicarius liability*<sup>306</sup>. Tutti gli altri, inclusi coloro che

---

306 Vicarious liability is a form of a strict, secondary liability that arises under the common law doctrine of agency, respondeat superior, the responsibility of the superior for the acts of their subordinate or, in a broader sense, the responsibility of any third party that had the "right, ability or duty to control" the activities of a violator. It can be distinguished from contributory liability, another form of secondary liability, which is rooted in the tort theory of enterprise liability because, unlike contributory infringement, knowledge is not an element of vicarious liability. [1] The law has developed the view that some relationships by their nature require

dovessero servirsi della struttura assicurata per curare od operare un proprio paziente privato, dovranno munirsi di una polizza separata, ossia di una copertura di responsabilità civile professionale individuale.

In una logica più generale di equilibrio e solvibilità del risarcimento è prevista al comma 3, l'obbligatorietà di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave per gli esercenti della professione sanitaria, passibili di azione amministrativa della Corte dei Conti per danno erariale<sup>307</sup> o rivalsa in sede civile se operanti in strutture private. A tal proposito, al comma 5 dell'art. 9 è previsto un limite massimo per l'importo dell'eventuale condanna, sia essa per responsabilità amministrativa sia ai sensi dell'art.1916 c.c. Tale limite è pari a tre volte la retribuzione lorda o l'introito percepito dal sanitario nell'anno dell'inizio della condotta che ha causato l'evento o nell'anno immediatamente precedente. Si tratta di una novità di rilievo volta a calmierare l'ammontare dei risarcimenti. Solitamente, infatti, i risarcimenti della responsabilità amministrativa per colpa grave non sono particolarmente elevati per l'effetto del potere riduttivo dell'addebito della Corte dei Conti ai sensi dell'art 83 della l.2440/1923.

---

the person who engages others to accept responsibility for the wrongdoing of those others. The most important such relationship for practical purposes is that of employer and employee in JIM ABRAMS, "*Federal Law Puts Brakes on Vicarious Liability for Auto Rental Firms*", Wells Media Group, Inc. Insurance Journal, Retrieved 6 September 2017.

307 Il danno erariale consiste nel danneggiamento o nella perdita di beni o denaro (danno emergente) prodotto alla propria o ad altra amministrazione (art. 1, quarto comma, L.n. 20/1994), o nel mancato conseguimento di incrementi patrimoniali (lucro cessante), così come disposto dall'art. 1223 c.c. Nel caso di concorso di colpa dell'Amministrazione è prevista una diminuzione del risarcimento secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono scaturite (art. 1227 c.c.). Il danno di cui dà notizia la Corte dei Conti non emerge solo a fronte di una condotta "contra ius", ma può riscontrarsi anche nel momento in cui ci si trovi di fronte ad una condotta che, pur prevista da specifiche regole, si palesi inopportuna in riferimento a norme o principi giuridici generali di grado maggiore, o non conforme all'ottenimento di esiti utili, e causa di dispendio o di perdita di pubbliche risorse in R.Giovagnoli, Mnaule di diritto Amministrativo, Giuffrè, 2016.

Al contrario, l'importo spettante ad un assicuratore che si avvallesse del proprio diritto di surroga nei confronti dei dipendenti di una clinica privata, soprattutto laddove il massimale sia assai capiente, sarebbe assai cospicuo e, proprio per questa ragione la L.2017 sotto questo profilo, rappresenta una rimarchevole novità.

Sono contemplate, inoltre, misure di garanzia del funzionamento del sistema amministrativo prevedendosi che le strutture rendano note, mediante pubblicazione sul proprio sito internet, informazioni analitiche concernenti la copertura assicurativa prescelta; che siano definiti i criteri e le modalità di vigilanza e controllo ad opera dell'istituto per la vigilanza sulle assicurazioni; che siano determinati i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie attraverso l'individuazione di classi di rischio.

In sintesi, la L.2017 ha introdotto l'obbligo, da parte di tutte le strutture, di dotarsi di una copertura assicurativa, in quanto, sussistendo in capo a queste una responsabilità contrattuale, queste risponderanno direttamente anche per il fatto dei propri dipendenti.

I dipendenti, invece, hanno l'obbligo di assicurarsi per garantire il diritto al regresso mentre i liberi professionisti dovranno contrarre una polizza di responsabilità civile professionale per i danni eventualmente causati ai propri pazienti.

Ma in questo rinnovato quadro normativo, un ruolo di primo piano, è attribuito anche all'art.11 che definisce i limiti temporali della garanzia assicurativa. La disposizione, infatti, stabilisce che ciascuna polizza-sia quella della struttura sia quella del professionista- deve prevedere una retroattività di dieci anni purchè il sinistro sia denunciato durante la vigenza temporale della polizza. Si tratta, quindi, di vere e proprie clausole *claims made* recentemente poste

alla attenzione della Corte di Cassazione<sup>308</sup> che ne hanno dichiarato la legittimità e devoluto all'interprete l'indagine sulla meritevolezza.

Sebbene le novità apportate nell'ambito assicurativo-sanitario dalla normativa del 2017 siano decisamente rilevanti e, in linea di principio, idonee a soddisfare le intenzioni del legislatore, la legge Gelli però sembrerebbe non tenere in debito conto una grave lacuna dell'ordinamento nazionale: non esiste, infatti, a carico delle imprese assicurative l'obbligo di contrarre polizze nel settore sanitario. Il mercato italiano, come già osservato, ha assistito ad un progressivo abbandono del settore della RC sanitaria da parte delle compagnie assicurative, dettato dalla esponenziale crescita del numero di sinistri denunciati per *malpractice* medica e dal correlato aumento del costo dei risarcimenti.

Diverse le circostanze che hanno allontanato le compagnie di assicurazione dal settore sanitario, tra queste, sicuramente gli oltre 30 mila sinistri l'anno la cui durata di evasione supera i dieci anni e, allo stesso tempo la sottostima degli stessi a causa della complessità e scarsità di informazioni fruibili al momento della denuncia ed una perenne incertezza nella quantificazione del danno.

Per tentare, dunque, di arginare il deflusso delle compagnie dal mercato italiano, e incentivarne l'operatività, la legge Gelli, come evidenziato, propone lo snellimento del contenzioso giudiziario attraverso la "valorizzazione del tentativo obbligatorio di conciliazione" e la previsione di meccanismi di responsabilizzazione del personale sanitario tramite la regolamentazione dell'"azione di rivalsa", da parte della Corte dei Conti, nei confronti dello stesso operatore.

Dinnanzi, quindi, al serio rischio per le strutture sanitarie di non trovare una compagnia disponibile a coprire il rischio per

---

308 Cass.ss.uu. 6 maggio 2016 n.9140 in Massimario Corte Cassazione.

*malpractice* medica, la legge Gelli ha previsto una sorta di via di fuga in quelle che denomina, all'art. 10, "altre analoghe misure". Con tale espressione il legislatore ha voluto designare un'alternativa per gli enti sanitari, i quali, anziché rivolgersi alle imprese assicurative, possono decidere di "autoassicurarsi", ossia di ritenere internamente ed interamente il rischio medico, rimettendo ai propri bilanci e alla propria gestione l'amministrazione dei sinistri. Tale possibilità presenta però degli evidenti punti critici; come osservato da alcuni il rischio è una "non-assicurazione", ossia esattamente l'opposto di quanto previsto dalla legge stessa. Infatti, trattenendo detto rischio, invero, parzialmente o persino interamente all'azienda sanitaria si verrebbe ad attuare una vera e propria inadempienza dell'obbligo di trasferimento dello stesso. Ma non solo, ciò che, infatti, tale misura comporterebbe è l'instaurazione di un meccanismo di gestione del sinistro che poco si addice ad una struttura sanitaria, non avendo, la stessa, le conoscenze, il personale e la specializzazione tecnica idonea a strutturare un procedimento che vada dalla raccolta della denuncia sino alla liquidazione del danno, passando per l'accantonamento ed il continuo adeguamento delle riserve.

Per attuare, invero, le "analoghe misure" dal legislatore previste, le strutture sanitarie dovrebbero adottare metodi idonei alla natura aleatoria del rischio e degli impegni economici, compatibili con gli strumenti di tipo statistico e probabilistico, e avere la capacità di costituire riserve garantendole nel tempo, stimandole in base allo sviluppo dei giudizi in ordine all'*an* ed al *quantum* e ricalcolandole periodicamente: effettuando, in poche parole, lo stesso lavoro che viene compiuto dalle imprese assicurative.

Il maggior rischio della auto-ritenzione, infatti, consiste proprio nell'approssimazione nello stanziamento delle riserve: mentre l'assicurazione decide il premio in base a vari rischi che assume, la struttura sanitaria non applica alcun criterio per la misurazione del

fabbisogno necessario per pagare gli eventuali risarcimenti, né li verifica nel tempo, rinviando ai bilanci futuri un fardello sconosciuto nella quantità.

Per arginare, dunque, le problematicità che la modalità di gestione della contabilità interna delle aziende sanitarie verrebbe a creare, la legge Gelli, al comma 6 dell'art. 10, rimette a decreti ministeriali, da adottarsi entro 120 giorni dall'entrata in vigore della stessa, la disciplina di un "fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati", disciplinato dall'art. 14 della l.2017. Il fondo di garanzia è alimentato dal versamento di un contributo annuale dovuto dalle imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile e per i danni causati da responsabilità sanitaria. Il Ministero della Salute con apposita convenzione affida alla CONSAP spa la gestione delle risorse del fondo di garanzia.

In particolare, il predetto stanziamento, interviene in precisi casi delineati dalla stessa norma, ossia qualora il danno sia di importo eccedente rispetto i massimali previsti dalla polizza; qualora l'impresa si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta amministrativa al momento del sinistro o vi venga posta successivamente; qualora, per recesso unilaterale, per cancellazione dall'albo o per sopravvenuta inesistenza dell'impresa assicuratrice, le strutture o gli esercenti la professione sanitaria si ritrovino senza copertura. Anche l'introduzione di questo strumento, per quanto volto a bilanciare il sistema e a garantire il risarcimento al danneggiato non è esente da critiche.

Innanzitutto il ricorso al fondo è in correlazione con la sottoscrizione di polizze: ove, infatti, una struttura o un operatore sanitario non siano assicurati non è previsto alcun intervento del fondo. Inoltre assolutamente problematico è il dettato normativo nella parte in cui

prevede che “il fondo concorre al risarcimento del danno nei limiti delle effettive disponibilità finanziarie”, pertanto, nell’eventualità in cui esso fosse incapiente sarà, la finanza pubblica sarà chiamata a rispondere.

In conclusione, bisogna dare atto al legislatore di avere affrontato in maniera innovativa e ragionevole tutte le problematiche direttamente e/o indirettamente connesse alla responsabilità sanitaria e, quantomeno sotto questo profilo, va riconosciuto il merito della L.Gelli, intervenuta in un settore complesso ma in cui la presa di posizione del legislatore era necessaria.

Con specifico riferimento alle novità in assicurativa si può concludere dicendo che, la critica maggiore può essere mossa al legislatore nella parte in cui codifica un obbligo assicurativo in capo alle strutture e agli operatori sanitari senza che sussista un analogo obbligo a contrarre in capo alle Compagnie assicurative, per l’effetto, l’obbligo assicurativo in capo ai singoli esercenti potrebbe restare lettera morta.

Come osservato da autorevole dottrina, non si può fare a meno di rilevare che questo sistema di assicurazione obbligatoria è destinato a “partire azzoppato”<sup>309</sup>.

---

309 E.QUADRI, op.cit.

## *Conclusioni*

*L'indagine ha inteso affrontare in maniera trasversale le questioni civilistiche legate allo svolgimento della professione sanitaria.*

*In primo luogo si è tentato di dimostrare che la questione della responsabilità civile del medico, è una questione “relativamente recente” in quanto legata alla sostanziale modifica del rapporto medico paziente. Per avallare tale assunto è stato necessario operare una ricostruzione storica di questo difficile rapporto e della sua evoluzione, si è infatti voluto evidenziare che, mentre la professione medica delle origini era fortemente legata alla spiritualità ed il paziente e la sua famiglia deponevano massima fiducia nell'ars medica, con conseguente impossibilità morale prima che giuridica che l'ammalato agisse contro il proprio guaritore-atteggiamento noto con il nome di paternalismo sanitario- successivamente e, più precisamente a seguito degli abbietti crimini e delle inumane sperimentazioni effettuate dai medici nazisti sulle “cavie umane” tale rapporto è entrato in crisi. Il processo di Norimberga -che vedeva tra gli imputati non solo esponenti della politica e militari nazisti ma anche medici e personale paramedico- ha segnato lo spartiacque e originato un nuovo rapporto tra medico ed operatore sanitario, un rapporto segnato sempre più spesso dalla diffidenza.*

*Questa è sicuramente una delle principali ragioni dell'esponenziale crescita della “medicina difensiva”. Pertanto, dopo aver indagato la causa storica che ha originato suddetto patologico fenomeno, si è inteso spostare l'indagine sulle ripercussioni di tale mutato rapporto medico-paziente in tema di responsabilità civile del sanitario.*

*Per affrontare la questione è stato necessario soffermarsi sull'evoluzione del diritto alla salute, sancito dall'art.32 Cost. e sul presupposto dell'attività medica: il consenso informato.*



*L'esame di questo istituto, infatti, è imprescindibile per comprendere i profili di responsabilità del sanitario. Sono stati indagati i caratteri del consenso informato così come identificati dalla giurisprudenza -libero, attuale, specifico, informato, scritto- per poi evidenziare come, in relazione a questo fondamentale istituto, giurisprudenza e legislatore abbiano trovato un pieno accordo considerando che la Legge sul Biotestamento ha codificato, dopo decenni di vacatio legis, i caratteri del consenso informato così come ricostruiti dalla giurisprudenza.*

*Ci si è poi soffermati sulle ripercussioni in sede civile della mancanza del consenso informato in punto di risarcimento del danno da lesione della libertà di autodeterminazione, con una breve incursione anche nel sistema penale e atenzionando le ipotesi di responsabilità penale del medico e le ipotesi in cui l'operatore sanitario risulti scriminato.*

*Successivamente, l'indagine è proseguita soffermandosi sulla natura della responsabilità civile del medico in caso di intervento sanitario imperito e con esito infausto, ricostruendo le diverse teorie.*

*La materia ha infatti visto l'avvicinarsi di vari orientamenti dottrinali che, complice una grave lacuna normativa in un settore tanto complesso quanto delicato, hanno trovato anche applicazione in sede giurisprudenziale.*

*L'indagine ha principiato dalle teorie più "forzate" quale quella della immedesimazione organica per passare poi a quella del contratto a favore di terzo, a effetti protettivi verso terzi evidenziandone i limiti e le criticità, per giungere poi all'esame delle teorie che hanno maggiormente trovato riscontro nella prassi ovvero la teoria della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. e quella responsabilità da contatto sociale.*

*Si è inoltre inteso porre l'accento sulle sostanziali differenze pragmatiche nell'adesione all'una o all'altra teoria in punto di onere probatorio per il medico e termini di prescrizione. Necessario è stato anche fare un cenno al tipo di danno risarcibile in caso di intervento sanitario non riuscito e alle modalità di liquidazione dello stesso.*

*La parte conclusiva del lavoro si è soffermata sui recenti interventi normativi nel settore sanitario che hanno finalmente colmato una lacuna normativa protrattasi per decenni.*

*In primo luogo la L. Balduzzi del 2012 che per la prima volta interviene nella materia sia in sede penale sia in sede civile, ricostruendo timidamente la responsabilità civile del medico come una responsabilità extracontrattuale con un mero "cenno" al 2043 c.c., per poi passare all'indagine sull'intervento normativo del 2017 L. Gelli-Bianco che prende una netta posizione sulla materia sanitaria, sulla natura della responsabilità civile del medico e che elabora degli strumenti come le linee guida, per valutare in maniera più oggettiva l'intervento del sanitario e quindi chiaramente volti a ridurre l'alea in un settore tanto delicato.*

*In conclusione è possibile, in merito all'ultimo intervento normativo, sottolineare che la nuova disciplina deve essere considerata in modo unitario e, sebbene perfettibile in ogni singolo aspetto, va salutata con favore quantomeno perché intende creare delle certezze in un settore tanto complesso ed incerto.*

*Si può sicuramente in questa ottica apprezzare la modernità dell'intervento normativo e i suoi scopi, il sistema binario della responsabilità medica elaborato dalla legge Gelli-Bianco infatti non appare volto a creare un condotto "salva medico", quanto piuttosto a garantire la sicurezza delle cure e ad arginare la dilagante piaga della medicina difensiva, la cui principale vittima è proprio il paziente. L'obiettivo era infatti quello di garantire la sicurezza delle*

*cure, una maggiore certezza nel settore sanitario e nei giudizi nei confronti dei sanitari.*

*Allo stesso tempo però, non possono non essere comunque evidenziate le criticità di questo intervento, che come precedentemente osservato, risulta efficiente ma perfettibile.*

*Non si può infatti non considerare che la crisi della responsabilità sanitaria e l'incedere del fenomeno della medicina difensiva, è sicuramente dovuta anche allo stato di precarietà del Servizio Sanitario Nazionale e, quindi, il tentativo di introdurre maggiore efficienza nel servizio sanitario mediante l'aziendalizzazione entra in crisi laddove le scelte politiche si orientino verso netti tagli alle spese.*

*A fronte di tali problematiche, la pur pregevole opera di sintesi effettuata dal legislatore della riforma Gelli rischia di non produrre una scelta risolutiva.*

*Non può omettersi, infatti, al riguardo di considerare che, tra gli effetti negativi della riforma, vi è il passaggio di numerose Regioni a meccanismi di auto-gestione dei sinistri e di auto-assicurazione o auto-ritenzione dei rischi.*

*Resta sicuramente un dettato normativo necessario e che ha comunque introdotto dei punti fermi in un settore contraddistinto dall'incertezza; resta un intervento in linea con la legislazione europea nel settore e volto ad evitare la burocratizzazione di un'ars, come quella medica; resta la modernità della nuova legge che attribuisce un ruolo chiave alle linee guida, che introduce un sistema dicotomico, che prevede strumenti deflattivi del contenzioso; resta fermo l'obiettivo centrato ma perfettibile: la tutela del diritto alla salute del singolo paziente.*

## BIBLIOGRAFIA

- A. CERRI, *Libertà II. Libertà personale* – dir. cost., in Enc. Giur., XIX, Roma, 1991, 3 ss.;
- A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3<sup>a</sup> ed., I, Milano, 1979, 277 ss.
- A. DELL'ERBA-V. FINESCHI, *La tutela della salute*, Giuffrè, 1993, p.2 ss.
- A. FIORI, E. BOTTONE, E. D'ALESSANDRO, *Quarant'anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, per tutte Cass. Civ. sez III, n.23676/2008, Giuffrè, Milano, p.100 ss.
- A. FIORI, *La medicina difensiva*, in Riv. It. Med. Leg. 1996, p.899.
- A. GRECHI, *La Costituzione italiana con la giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Firenze, 1965, p. 82 e s.;
- A. GUARINO, *Istituzioni di Diritto Romano*, Editore Jovane Napoli, p.403 ss.
- A. LEPRE, *Storia della prima Repubblica: L'Italia dal 1945 al 1998*, il Mulino, Bologna, 1999.
- A. NICEFORO, *Le leggi storiche della mortalità per tubercolosi secondo le statistiche italiane delle cause di morte*, in AA.VV., *Trattato della tubercolosi*, Vol. I, p. 78,
- A. PALMIERI, *Relazione tra medico e paziente tra consenso globale e responsabilità del professionista* in Foro.it, 1997, I, p.772.
- A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali* (atti del XX Convegno annuale dell'AIC, Catania, 14-15 ottobre 2005), Padova 2007, 369 ss;
- A. SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, Giuffrè, 2012.

A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2008, pag. 106 ss.

A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 2009, Napoli. pag 590 ss.

A. EDGAR, The ethical QALY: an investigation of the ethical implications of measures of quality of life applicable to a range of diseases and health states for use in the allocation of resources in prevention diagnosis and treatment. A report to the Commission of the European Communities, 1995, Cardiff, Centre for Applied Ethics, p. 69.

B. CAPPONI- A. STORTO, *Commento agli artt. 24, 25 e 111 cost.*, in Codice di procedura civile commentato, diretto da C. Consolo, Ipsoa, Milano, 2013, p. 13 e ss.

B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2002.

B. PEZZINI, *Il diritto alla salute profili costituzionali*, in Dir. soc., 1983, p. 51.

B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001;

B. RADOS-P. GIANNINI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 33 ss.

C. A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medioevale e moderno*, Digesto disc. priv., 1995, nota 16.

C. BRUSCO, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017*, n. 24, cit., p. 230.

C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in Jus, 1976, pp. 123 ss.

C. CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, Torino, 1971, p. 211.

C. DONISI, *La disciplina delle vaccinazioni obbligatorie al vaglio della Corte costituzionale* in *Fides Humanitas Ius*, studi in onore di Luigi La Bruna, Napoli, pag 1578 ss.

C. F.ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in Enc. Giur. Treccani, XXV, 1991, p. 8;

C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, p.V *la responsabilità*, Giuffrè, 2010

C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in «Corriere giur.», 2016, p. 912;

C. VINCENT, *Clinical Risk Management*, 2001 BMJ Books, London;

C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, Milano, 2012, 567 ss.

C.M.BIANCA, *Diritto Civile. La responsabilità.*, Milano, 1997, vol.V, p.114 ss.

C.VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica:una questione ancora da definire*, in *Danno e Resp.*, 2013, vol.VI, p.581 ss.

D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Iovene, Napoli, 1999.

D. GOUREVITCH, *Le triangle hippocratique dans le monde gréco - romain: le malade, sa maladie et son médecine*, Roma, 1984.

D. PRETI, *La lotta antitubercolare nell'Italia fascista*, in R. ROMANO, C. VIVANTI (a cura di), *Storia d'Italia, Annali*, Vol. VII, Torino, 1984, p.982.

D.M. PULITANÒ.- E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. italiana med. leg.*, 2008, 281;

E. MICCOLI, M. PALMIERI, *Tutela della salute e libertà della persona*, Roma, 1965, p. 14.

E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Rass dir. civ.*, 2008, 3, 363 ss.

E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relative assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.51.

E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*, Resp.Civile e Previdenza, II, 2004

F. BERNHÖFT, Kauf, Miethe und verwandte Verträge, nei Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines BGB für das deutsche Reich, diretti da E. I. Bekker e O. Fisher, XII, Berlino 1889, p. 17.

F. BUCCELLI e altri, *La rilevanza delle linee guida nella determinazione della responsabilità medica. Le novità introdotte dalla c.d. legge Balduzzi, le problematiche connesse i tentativi di risoluzione*, in RIML, 2016, 665 ss.

F. CEMBRANI, *La legge Balduzzi e le pericolose derive di un drafting normativo che (forse) cambia l'abito alla responsabilità giuridica del professionista della salute*, in Riv. It. Med. Leg. 2013, p. 799.

F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, Foro It. 1999, I, 3333.

F. FINOCCHIARO, *"Del Matrimonio"* in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1975, pag. 33.

F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti*, cit., 66, ove si riportano le parole di Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, Utet. 1915, 356) .

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011

F. GRECO, *"Il nocciolo duro del diritto alla salute"* in Resp.Civ.2007, p.299 ss.

F. INTRONA, *Responsabilità professionale, medica e gestione del rischio*, Riv. It. Med. Leg. 2007, p. 641 ss.

F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, CEDAM, 2013.

F. MONATERI, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno resp.*, 2004, 389 ss.

F. P. CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, 2013, 63 ss.

F. PERGOLESÌ, *Tutela costituzionale della salute*, in *Corr. amm.* 1961, p.342;

F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig*, XIV, Torino, 23 ss.;

F. TODESCHINI, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla "Balduzzi"*, in *Quotidiano giuridico*, Ipsoa, 1.3.2017.

F. VIGANÒ , *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141 ss.;

F. VITUCCI-ROSELLI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, XX, Torino, 1984, 397.

F.FLASHAR, *Médecine et morale dans l'antiquité. Dix exposés suivis de discussions*, Vandoeuvres-Genève, Fondation Hardt, 1997 e Cohn-Haft, Louis, *The public physicians of ancient Greece*, Northampton, Dept. of History of Smith College, 1956.

F.MAZZIOTTI, *Nozioni di diritto del lavoro sindacale e della previdenza*, Napoli, 2007, pag.25ss.

G. ALPA- R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Nel diritto, Roma, p.836.

G. ALPA, *Dal medico alla équipe, alla struttura, al sistema*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di Consiglia Botta e Christian Armbruster, Scienze Assicurative, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, Napoli, p.14.

G. ALPA, *Il danno biologico*, Cedam, 2003, p.148 ss.



- G. ALPA, *La responsabilità civile - Seconda edizione*, Milano, 2017, p.268 ss.
- G. ALPA, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in Quaderni regionali, 2006, 325 e s.
- G. ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, Torino, Utet, 2010.
- G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, XI ed., Stilke, Berlin, 1930, p. 635-636.
- G. ARMOCIDA , *Storia della medicina*, Jaka Book,1993
- G. ARMONE e P. PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*, in Foro it., 2010, V, 372
- G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1963, p. 377.
- G. CALETTI, *La riforma della responsabilità per colpa del sanitario*, in *Trattato di diritto penale, Parte Generale e Speciale - Riforme 2008-2015*, a cura di Cadopp i, Canestrari, Manna,Papa, Torino, 2015, 74 ss.
- G. CANSACCHI e R. MONACO, *La Costituzione italiana*, Torino, 1967, p. 48.
- G. CASCIARO, M. SANTESE,*Il consenso informato*,Giuffrè, 2012 passim.
- G. COSMACINI, *L'arte lunga: storia della medicina dall'antichità ad oggi*, Roma -Bari, 2003, p.65,
- G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in *Giust. Civ.*, I, 2014, p. 197 ss.;
- G. ESTA, *La dignità*, in *Trattato di biodiritto* a cura di P. ZATTI S. RODOTÀ, Ambito e fonti del biodiritto,vol. I, Milano, 2010, 259 ss.

- G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Rivista Critica di Diritto privato*, 1998, n. 1-2, p. 37 ss. (a p. 39-40).
- G. GEMMA, *Ancora su sterilizzazione e diritti costituzionali*, in *Diritto e società*, 2002. Dal punto di vista penalistico v. fra gli altri DEL RE, *Sterilizzazione volontaria: non lesione, lesione giustificata o delitto?*, in *Giustizia penale*, 1980, II, 52.
- G. GENTILE, *Regime della prescrizione in materia di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1958, 291 ss. In tal senso anche
- G. GUERRA, *La 'medicina difensiva': fenomeno moderno dalle radici antiche*, *Salute e diritto*, Vol. 14, N. 4, Ottobre-Dicembre 2013.
- G. HAUPT, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für F. Siber*, 1943, Leipzig;
- G. MARCHETTO, A. PRADI, *Professioni Intellettuali*, Digesto, 1997.
- G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, *Dike Giuridica*, Roma, 2017, 12.
- G. MORTARA, *La salute pubblica in Italia durante e dopo la guerra*, Bari, 1925, 1.
- G. OLIVIERI, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria* in *Iudicium*, 2017.
- G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane Napoli, 2006, pp. 67 ss.;
- G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna 1998, spec. 51-57;
- G. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2004, 308 ss.;
- G. VICARELLI, *L'ideale del medico nella storia della medicina*, in *Rivista Bioetica Interdisciplinare*, Anno XX, 1, 2012, 348 ss.;

- H. ARENDT, *La banalità del male*, Milano, 2004, passim.
- H. DÖLLE, *Außergesetzliche Schulpflichten*, in *Die Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1943; più recentemente,
- I. KANT, *fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 2000, passim.
- J. C. SOURNIA, *Storia della medicina*, Parigi, 1992, 53 – 56,
- J. REASON, *Human error*, Cambridge University Press. Edizione italiana: *L'errore umano*; Editore Il Mulino, Bologna, 1990.
- K. LARENZ, *Schuldrecht*, Munchen, 1982. Sull'argomento,
- L. BIGLIAZZI GERI, *La rappresentanza*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, vol. XIII, 2000, Torino, p. 11 ss.
- L. M. MELONI, *I Minori nella famiglia: evoluzioni della giurisprudenza e innovazioni normative in Dir. fam e pers.*, 1987, pag. 427-436.
- L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 192,
- L. MONTRUSCHI in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1976.
- L. MUSELLI- C.B. CEFFA, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza, giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 120 ss.
- L. SENDEN, *Soft Law in European Community*, Oxford – Portland 2004, 120 e
- L. BIGLIAZZI-GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporti giuridici*, Torino, 1987 p. 150 ss.
- LAÍN ENTRALGO, *Historia de la medicina*, Masson, 1978, pg. 9 ss.
- M. ALTOMARE., *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge Gelli-Bianco*, p. 22.

- M. ANGELICI, *Principi di diritto sanitario*, vol. I, parte generale, Milano, 1974, p. 53 e ss.;
- M. CATINO, C. LOCATELLI, *Il problema della medicina difensiva nell'urgenza*, Dipartimento di sociologia e ricerca sociale, Università degli studi di Milano-Bicocca, 2010.
- M. COSTANZA, *Informazione del paziente e responsabilità del medico*, in Giust.civ., 1986, I, p. 1432
- M. E. QUADRATO, *I minori e i loro interessi, una lettura comparata*, Bari, 1995, pag. 102 ss.
- M. FACCIOLO, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in Nuova giur. civ., 2014, II, pp. 108 ss.,
- M. FRANZONI, *Colpa e linee guida*, in Danno e Responsabilità, 2016.
- M. GUARDUCCI, *L'epigrafi greca dalle origini al tardo impero*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1987
- M. HAZAN- D. ZORZIT, *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, Giuffrè, Napoli, p. 225 ss.
- M. LUCIANI, *Salute*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*.
- M. MANNA, *Fondamento e limiti della liceità penale del trattamento medico chirurgico*, in *Studium Juris*, 1997, 304; Id., *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. Pen.*, 2004, 453.
- M. MCQUEEN, *"Challenges for Evidence Based Laboratory Medicine"*, Clin. Chem. 2001, 47:1536-1546.
- M. MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze, 2011, p. 305
- M. NASO, *La responsabilità del medico e i danni risarcibili*, Cedam, 2012, p. 187 ss.

- M. RIARIO SFORZA, *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, in *Giur. merito*, 2008, 12, pp. 3354 ss
- M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Giappichelli, 2016
- M. VEGETTI, *Le origini dell'insegnamento medico*, in M. FERRARI, P. MAZZARELLO (a cura di), *Formare alle professioni, figure della sanità*, Milano, 2010, 25 ss.;
- M. FORZIATI, *La responsabilità del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione*, Resp. Civ. Prev. 1999, p. 661
- M.S. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto amministrativo*, Milano, 1982.
- P. CENDON, *I bambini e i loro diritti*, Bologna, 1991, pag. 291 ss.
- P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 274 ss.
- P. OTTOLENGHI, *Prescrizione dell'azione per danni*, Milano, 1975, 86 ss.
- P. RESCIGNO, *Capacità di agire*, in Dig. disc. Priv. sez. civ), II, Torino, 1988, p. 216.
- P. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 125 ss,
- P. ROCCHI-B. VERGARI, *Il danno estetico*, Giuffrè Editore, passim.
- P. SALCUNI, *Riflessioni sul trattamento sanitario arbitrario e la parabola del consenso informato: lo stato dell'arte*, in *Ind. Pen.*, 2010, 599 ss.
- P. TESAURO in *L'azione sanitaria nel quadro delle libertà costituzionali del cittadino* in *Rass. Amm. San.*, 1972, 1 e seg.
- P. VITUCCI, Art. 2935, in SCHLESINGER (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Milano, 1999, 77
- P. CARETTI *I diritti fondamentali*, Torino, 2002, 236 ss.
- P. ROCCHI-B. VERGARI, *Il danno estetico*, Giuffrè Editore, passim.

- R. ALESSI, in *L'amministrazione sanitaria*, 1967, Roma, p.24;
- R. ATTFIELD, *The global distribution of health care resources*, J. Med. Ethics, n. 16, 1990, p.153-156.
- R. BIN- G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Giappicchelli Editore, Milano, 2016, p.583 ss.
- R. BIN, *Il soft law*, Appunti di diritto Costituzionale, Fedoa.
- R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale*, in *Famiglia e dir.*, 2008, 139 ss.;
- R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, p.50.
- R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1995, pp. 3 ss.
- R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, V, Paris, 1925, n. 1237 p. 538 ss
- R. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir pen. proc.*, 2009, 463 ss.
- R. ROMBOLI, Art. 5, *Atti di disposizione del proprio corpo*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Art. 1-10. Persone fisiche, Zanichelli, Il Foro italiano, Bologna-Roma 1988, p.243
- R. SCOGNAMIGLIO, in *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Noviss. Dig. It., XV, 1968, p.679 e ss.
- R. ZACCARIA, *Rappresentanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, vol. II, p. 355
- R. ATTFIELD, *The global distribution of health care resources*, J. Med. Ethics, (1990) , p.153-156.
- R. GRILLI , A. PENNA , A. LIBERATI, *Le linee guida: caratteristiche, requisiti generali*; in *Migliorare la pratica clinica. Come produrre ed implementare linee guida*, il Pensiero Scientifico Editore 1995, Roma pp. 2132

RICHARD-ALAIN JEAN, ANNE-MARIE LOYRETTE, *La mère, l'enfant et le lait en Égypte Ancienne. Traditions médico-religieuses. Une étude de sénologie égyptienne*, Série Antiquit, Université de Paris, Paris, 2010

S. BARONE, *Punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?*, in Giur. it., 2017, p. 1359 Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in «*Foro it.*», 2017, I, col. 2613, con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*;

S. CANESTRARI, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, VII, Torino, 2011, 681 ss.

S. DEL SORDO-U. GENOVESE, *Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*, in *La nuova responsabilità professionale sanitaria*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, pp. 38 ss.

S. IZZO, *La mediazione nella disciplina di attuazione*, in *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, 505

S. LESSONA, *Salute pubblica e diritto sanitario (Tentativo di chiarire le idee)* in Riv. sanit., 1962, 7 e ss.;

S. RODOTA', *Il diritto ad avere diritti*, Editori Laterza, ROMA-BARI, 2015

T.A BRENNAN, Leape LL, Laird NM, Herbert L, Localio R, Lawthers AG, Newhouse JP et al. Incidence of adverse events and negligence in hospital patients. New England J. of Medicine; 1991, 324: 370-76

U. GENOVESE, R. STUCCHI, A. FARNETI, *I trapianti non salvavita, aspetti medico-legali* in Riv.It.Med.Leg 2000, pag 424-425.

V. BIONDI, *Appunti sull'art. 2947 c.c.*, in Foro it., 1955, I, 1366 ss.;

- V. CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, in Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi, Milano;
- V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in Rass. Dir. civ., 1981, p. 668 ss.;
- V. LINGIARDI, A. COLLI, *L'alleanza terapeutica nella terapia psicodinamica*, Franco Angeli 2010
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica* in Riv. dir. Civ. 2008, p 317.